

Sygn. akt KIO/W 16/23

POSTANOWIENIE

z dnia 1 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 1 września 2023 r. w Warszawie wniosku z dnia 31 sierpnia 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy wniesionego przez zamawiającego Gminę Biała Podlaska w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *„Usługi społeczne: Usługi dostarczania posiłków do szkół, żłobka, przedszkola – Gmina Biała Podlaska”*; numer referencyjny: FZP.271.1.18.2023.RW

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Biała Podlaska, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą PZP”, oraz w związku z wniesieniem w dniu 30 sierpnia 2023 r. odwołania przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Gastronomiczne D.M. Ł. z siedzibą w Porosiukach (zwaną dalej „wykonawcą M.Ł.”), wniosła o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *„Usługi społeczne: Usługi dostarczania posiłków do szkół, żłobka, przedszkola – Gmina Biała Podlaska”*.

Numer referencyjny tego zamówienia to FZP.271.1.18.2023.RW. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 lipca 2023 r., pod nr 2023/BZP 00330393/01.

Uzasadniając złożony wniosek Zamawiający wskazał, że w dniu 25 sierpnia 2023 r. dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przetargu, którą złożył wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą AGHIH P. K. z siedzibą w Krężnicy Jarej, oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP odrzucił oferty dodatkowe dla części nr 1 i nr 4 zamówienia złożone przez wykonawcę M. Ł. jako oferty złożone niezgodnie z warunkami zamówienia, gdzie wykonawca ten nie załączył do formularza oferty wymaganego załącznika w postaci bazy cenowej, co uniemożliwiło sprawdzenie poprawności wyliczenia ceny oferty. Następnie w dniu 30 sierpnia 2023 r. wykonawca M.Ł. złożył odwołanie w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części nr 1, nr 2, nr 3, nr 5 i nr 6 zamówienia.

Zamawiający wskazał ponadto, że wnosi o uchylenie zakazu zawarcia umowy dla części zamówienia objętych odwołaniem wykonawcy M. Ł., albowiem 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 udzielenia zamówienia. Zamawiający podniósł, że w przypadku niepodpisania umowy Gmina Biała Podlaska nie będzie w stanie zapewnić wyżywienia 736 uczniom i podopiecznym prowadzonych szkół podstawowych i punktów/oddziałów przedszkolnych oraz przedszkola. Zamawiający dodał, że obowiązek wyżywienia dzieci wynika wprost z art. 106a. ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe (Dz. U. z 2023 r., poz. 900, ze zm.), zgodnie z którym szkoła podstawowa, z wyjątkiem szkoły podstawowej dla dorosłych, oraz szkoła artystyczna realizująca kształcenie ogólne w zakresie szkoły podstawowej, zapewnia uczniom jeden gorący posiłek w ciągu dnia i stwarza im możliwość jego spożycia w czasie pobytu w szkole. Zarazem Zamawiający wniósł o rozpatrzenie przez Izbę wniosku w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy w możliwie szybkim terminie z powodu zbliżającego się rozpoczęcia roku szkolnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wniosek Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie nie zasługuje na uwzględnienie.

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. Natomiast Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy (art. 578 ust. 1 ustawy PZP).

Zgodnie z regulacją art. 578 ust. 2 ustawy PZP Izba 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.

Wymienione w art. 578 ust. 2 ustawy PZP przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy mają charakter samodzielny, co oznacza, że nie muszą one zostać spełnione łącznie. Wystarczające jest zatem wystąpienie tylko jednej z ustawowych przesłanek, aby Izba mogła orzec o uchyleniu zakazu zawarcia umowy. Co istotne, rozstrzygnięcia Izby w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie poprzedza chociażby wstępna ocena zasadności zarzutów odwołania. Izba bada wyłącznie, czy wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu jego wniosku okoliczności odpowiadają ustawowym przesłankom uchylenia zakazu zawarcia umowy. Podkreślenia przy tym wymaga również to, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją prawa zamówień publicznych o charakterze nadzwyczajnym i stanowi wyjątek od zasady, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Skoro Zamawiający wniósł o uczynienie wyłomu od tej zasady, to powinien bardzo szczegółowo uzasadnić swoje żądanie oraz wykazać fakt zaistnienia którejkolwiek z ustawowych przesłanek.

W niniejszej sprawie Zamawiający swój wniosek oparł wyłącznie na pierwszej z ustawowych przesłanek określonej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP. W ocenie Izby okoliczności podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu jego wniosku nie przemawiają jednak za zastosowaniem instytucji prawa zamówień publicznych uregulowanej w Oddziale 12, rozdziału drugiego, Działu IX ustawy PZP. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że niezawarcie przez niego umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego i zarazem że te, jego zdaniem, negatywne skutki przewyższałyby 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.

Uzasadnienie wniosku Zamawiającego jest bardzo skąpe i ogranicza się jedynie do wskazania, że na Zamawiającym jako gminie ciąży prawny obowiązek zapewnienia wyżywienia uczniom i przedszkolakom zgodnie z art. 106a ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe i że w razie niepodpisania umowy z wybranym już wykonawcą nie będzie on w stanie zapewnić wyżywienia 736 dzieciom uczęszczającym do podległych mu placówek oświatowych. Jakkolwiek kwestia zapewnienia uczniom minimum jednego gorącego posiłku w ciągu dnia i stworzenie im możliwości jego spożycia w czasie pobytu w szkole leży w interesie publicznym i niewywiązanie się z tego obowiązku rzeczywiście może przynieść negatywne skutki dla interesu publicznego, to jednakże Zamawiający kierując do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy miał obowiązek szczegółowego uzasadnienia swojego wniosku i dokładnego wykazania Izbie skali oraz prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnych następstw braku niezwłocznego zawarcia umowy z wybranym wykonawcą oraz, że nie jest w stanie w jakikolwiek inny sposób zapewnić dzieciom wymaganego ustawą wyżywienia w rozpoczynającym się właśnie roku szkolnym, np. poprzez zagwarantowanie zastępczego, tymczasowego świadczenia usługi żywienia na terenie placówek oświatowych. Uzasadnienie wniosku Zamawiającego nie zawiera żadnych informacji na temat poszukiwania przez niego alternatywnych form zagwarantowania świadczenia usługi do czasu podpisania umowy z wykonawcą wybranym w dopiero co rozstrzygniętym przetargu. Sam charakter usługi, który dotyczy spraw wrażliwych ze społecznego punktu widzenia, nie może automatycznie przesądzać, że doszło do spełnienia ustawowych przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dlatego też z uwagi na niedostateczne uzasadnienie wniosku Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał w ogóle, aby zostały spełnione ustawowe przesłanki do zastosowania uregulowanej w art. 577-578 ustawy PZP instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w swoim wniosku nie uprawdopodobnił, że rzeczywiście wystąpią negatywne skutki dla interesu publicznego, którym jednocześnie nie jest on w stanie w żaden inny sposób zapobiec, oraz aby te potencjalnie negatywne ze społecznego punktu widzenia skutki miały przewyższać korzyści związane z ochroną interesów prywatnych przedsiębiorców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: