

Sygn. akt KIO/W 39/15

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 4 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 4 stycznia 2016 r. wniosku z dnia 30 grudnia 2015 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Gminę Niemodlin, ul. Bohaterów Powstań Śląskich 37, 49-100 Niemodlin** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Świadczenie usług pocztowych dla jednostek organizacyjnych Gminy Niemodlin w latach 2016-2017*”

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie w/w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.**

## Uzasadnienie

Gmina Niemodlin (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług pocztowych dla jednostek organizacyjnych Gminy Niemodlin w latach 2016-2017”.

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 grudnia 2015 r. pod numerem 180229.

Zamawiający w dniu 30 grudnia 2015 r., pismem z tej samej daty (wpływ: godz. 15.33), złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu w związku ze złożeniem odwołania przez wykonawcę Polska Grupa Poczta S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”). W ocenie Zamawiającego wypełniona została w tym zakresie przesłanka ustawowa pozwalająca na uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadniając swój wniosek Zamawiający wyjaśnił, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w niniejszym postępowaniu przewidywała, że świadczenie usług nastąpi od dnia 1 stycznia 2016 r. Podkreślił też, że termin składania oferty w niniejszym postępowaniu został ustalony na dzień 17 grudnia 2015 r., a następnie - w wyniku zmiany treści SIWZ - przesunięty został na dzień 18 grudnia 2015 r. Wskazał, że w postępowaniu tym zostały złożone dwie oferty: Odwołującego i oferta Poczty Polskiej S.A. W wyniku badania i oceny ofert Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. W związku z powyższym w dniu 28 grudnia 2015 r. Odwołujący złożył do Prezesa KIO odwołanie. Zamawiający podkreślił, że niepodpisanie umowy na świadczenie usług pocztowych od dnia 1 stycznia 2016 r. przed rozstrzygnięciem odwołania spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, który to interes Zamawiający upatruje w realizacji przez siebie zadań ustawowych o charakterze obowiązkowym. Wskazał, że w ramach umowy, która ma być podpisana w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, usługi miały być świadczone na rzecz Urzędu Miejskiego w Niemodlinie, Ośrodka Pomocy Społecznej w Niemodlinie, Zakładu Ekonomiczno-Finansowego Oświaty (w tym placówek oświatowych), Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej, a jednostki te wykonują zadania na rzecz Zamawiającego, m.in. z zakresu: ochrony zdrowia, pomocy społecznej, wspierania rodzin i systemu pieczy zastępczej, edukacji publicznej, utrzymania gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej oraz obiektów administracyjnych, ochrony środowiska, gospodarki

nieruchomościami. Podkreślił, że aktualnie jest wiele spraw administracyjnych, których zakończenie wymaga nadania przesyłek poleconych do odpowiednich organów administracji publicznej lub stron postępowania, a brak aktualnej umowy uniemożliwia terminowe nadanie korespondencji wychodzącej. Wskazał też, że nienadanie przesyłek w ustawowym terminie może spowodować wymierną szkodę finansową, prawną, jak i społeczną dla Zamawiającego, jak i osób trzecich. Ponadto wskazał, że w związku z nowym rokiem kalendarzowym wiele instytucji administracji publicznej podejmuje nowe postępowania, których konsekwencją jest również nadanie korespondencji, w tym poleconej. Podkreślił też, że Zamawiający wysyła dziennie ok. 120 przesyłek listowych i uniemożliwienie podpisania umowy na świadczenie usług pocztowych spowoduje istotny paraliż w zakresie wykonywania przez Gminę Niemodlin usług o charakterze obowiązkowym, w szczególności z zakresu opieki społecznej, oświaty oraz gospodarki mieszkaniowej gminy, ochrony środowiska, gospodarki nieruchomościami, stąd w jego ocenie zaistniały przesłanki uzasadniające uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

Izba ustaliła, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożony do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w dniu 28 grudnia 2015 r. wpłynęło odwołanie złożone przez wykonawcę Polska Grupa Poczta S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2827/15).

Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak złożenia wraz z ofertą Odwołującego projektu umowy, który wykonawca miał złożyć zgodnie z zapisami SIWZ pkt: VIII.4.1, XVIII.3 oraz XIX SIWZ.

Uwzględniając powyższe ustalenia w sprawie Izba stwierdziła, że w tym przypadku nie została wypełniona przesłanka z art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp. Przywołany przepis stanowi, że Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli jej niezawarcie mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, 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 publicznego.

Wskazana przesłanka ustawowa, pozwalająca Izbie na uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego związanego z wniesieniem odwołania w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odwołuje się do dwóch okoliczności, które winny być wykazane przez Zamawiającego we wniosku składanym do Izby.

Pierwszą z tych okoliczności jest konieczność wykazania zagrożenia interesu publicznego. Zagrożenie to ma być wynikiem złożonego odwołania i ma mieć znaczenie dla terminu zawarcia umowy, a tym samym również realizacji określonego przedsięwzięcia objętego danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Drugą z okoliczności wynikających z art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp jest ochrona wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Chodzi tu o interesy wykonawców związanych z toczącym się postępowaniem odwoławczym, w tym w szczególności interes odwołującego się wykonawcy.

Przywołany przepis ustawy Pzp zakłada konieczność zważenia interesu publicznego z uszczerbkiem w interesie wykonawcy (wykonawców) ubiegającego się o dane zamówienie publiczne, który zaskarża w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone czynności czy zaniechania zamawiającego (ewentualnie broni swoich interesów postępowaniu odwoławczym jako wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego).

Izba, dokonując zważenia tych dwóch interesów stwierdziła, że nie została wykazana przez Zamawiającego przesłanka interesu publicznego. Interes publicznych należy postrzegać – zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem, w tym przede wszystkim zgodnie z treścią uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96 - przez pryzmat korzyści uzyskiwanych w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Brak podpisania umowy w sprawie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i realizacji usług pocztowych począwszy od dnia 1 stycznia 2016 r. w ocenie Izby nie wpływa w sposób bezpośredni na zagrożenie interesu publicznego w rozumieniu przywołanej uchwały Trybunału Konstytucyjnego. Usługi pocztowe nie są bezpośrednio związane z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, czy porządku publicznego. Jednocześnie też niepodpisanie umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego przed rozstrzygnięciem sprawy wniesionego odwołania, nie pozbawia Zamawiającego legalnej możliwości świadczenia usług pocztowych w okresie do czasu rozstrzygnięcia przez Izbę sprawy przedmiotowego odwołania. Przepisy ustawy Pzp pozwalają bowiem Zamawiającemu w takich sytuacjach na podjęcie określonych działań, które dają szansę na zapewnienie bieżącej obsługi Zamawiającego, w tym co do

świadczenia usług pocztowych. Usługi pocztowe bowiem mają charakter powszechny i dostępny i skorzystanie z nich z marszu („od ręki”) – biorąc pod uwagę dostępność podmiotu, który może przez określony czas świadczyć Zamawiającemu tego rodzaju usługi – nie jest obiektywnie problematyczne.

Izba, dokonując zważania wskazanego przez Zamawiającego zagrożenia interesu publicznego z interesem wykonawcy, który złożył do Izby odwołanie, stwierdziła, że interes wykonawcy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy jest przeważający. Zamawiający bowiem odrzucił ofertę Odwołującego, pozbawiając go szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, przy czym w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustalony przez Zamawiającego termin składania ofert upływał w dniu 18 grudnia 2015 r., w sytuacji konieczności zapewnienia świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia począwszy od dnia 1 stycznia 2016 r. Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, powinien przewidywać możliwość składania odwołań, w szczególności wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Założenie poczynione przez Zamawiającego, że usługi pocztowe będą świadczone od dnia 1 stycznia 2016 r., w sytuacji kiedy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wszczynane w dniu 7 grudnia 2015 r., a Zamawiający ustala termin składania ofert na dzień 18 grudnia 2015 r. i informuje o odrzuceniu oferty – jak wynika z treści złożonego do Izby odwołania – w dniu 23 grudnia 2015 r., wskazują łącznie na istotne zagrożenie interesu wykonawcy, którego oferta została przez Zamawiającego odrzucona. Warto też podkreślić, że wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający do Izby złożył de facto na jeden dzień przed rozpoczęciem świadczenia usługi (1 stycznia 2016 r.), a po dwóch dniach od złożenia do Izby przez wykonawcę odwołania. W takich okolicznościach sprawy w ocenie Izby odwołujący się wykonawca, powinien mieć możliwość rozstrzygnięcia zarzutów odwołania dotyczących czynności odrzucenia jego oferty z pozostawieniem mu szansy na realne uzyskanie przedmiotowego zamówienia w przypadku ewentualnego potwierdzenia się zarzutów odwołania.

Podkreślenia również wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w świetle art. 183 ust. 2 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady. Ową zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zakaz podpisywania umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku wniesienia odwołania (art. 183 ust. 1 ustawy Pzp) do czasu jego ostatecznego rozstrzygnięcia poprzez ogłoszenie wyroku bądź postanowienia Izby kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie. Polski ustawodawca, idąc za regulacjami wynikającymi z prawa europejskiego, ustalił więc, że pierwszorzędne znaczenie dla ważności wyboru wykonawcy w postępowaniu i udzielenia mu zamówienia publicznego ma okoliczność efektywnej możliwości weryfikacji tego wyboru przez innych wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia w trybie środków ochrony prawnej.

Z tych też względów przesłanka do uchylenia zakazu zwarcia umowy do czasu ogłoszenia orzeczenia w sprawie złożonego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą powinna być interpretowana ściśle.

W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy w związku z tym, że Zamawiający nie wykazał wypełnienia przesłanki zagrożenia interesu publicznego i uznając, że interes wykonawcy wnoszącego odwołanie, poprzez czynności Zamawiającego podejmowane w niniejszym postępowaniu, został zagrożony, zdaniem Izby, brak było podstaw do pozytywnego rozpoznania wniosku Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....