

POSTANOWIENIE
z dnia 11 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 11 grudnia 2023 r. w Warszawie wniosku z dnia 8 grudnia 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie zastępowanego przez Dyrektora Oddział ZUS w Gdańsku** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Świadczenie usługi dozoru i ochrony fizycznej, monitoringu elektronicznego i ochrony interwencyjnej obiektów i mienia Oddziału ZUS w Gdańsku*” — nr 100000.271.7.2023”

postanawia:

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

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie zastępowany przez Dyrektora Oddział ZUS w Gdańsku, zwany dalej: „*Zamawiającym*” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej: „*ustawą Pzp*”, na: „*Świadczenie usługi dozoru i ochrony fizycznej, monitoringu elektronicznego i ochrony interwencyjnej obiektów i mienia Oddziału ZUS w Gdańsku*” — nr 100000.271.7.2023”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 sierpnia 2023 r. nr 2023/S 159-503563.

W dniu 8 grudnia 2023 r. zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wniosek ten został złożony w związku z wniesieniem w dniu 6 grudnia 2023 r. odwołania przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Jantar sp. z o.o., Jantar 2 sp. z o.o., Sekret sp. z o.o.

Zamawiający wskazał, że wnosi o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 Pzp z uwagi na fakt, iż:

- 1) niezawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższającego korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów oraz
- 2) odwołanie wniesione przez Odwołującego zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożył Odwołujący oraz M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: S. Security Biuro Ochrony Mienia „S. Security”. Z uwagi na fakt, iż różnica pomiędzy wynagrodzeniem brutto za cały okres wykonywania umowy wynosi 286.926,85 zł na korzyść M. S., po przeprowadzeniu czynności wyjaśniających, Zamawiający wskazał, że dokonał w dniu 27.11.2023 roku ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. Security Biuro Ochrony Mienia „S.Security”.

Kolejno zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 66 ustawy z dnia 13.10.1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych (j.t. Dz. U. z 2022 roku, poz. 1009 ze zm.) (dalej jako „usus”) y jest państwową jednostką organizacyjną i posiada osobowość prawną. Siedzibą Zgodnie z art. 68 ust. 1 pkt 1 usus do zakresu działań Zamawiającego należy między innymi realizacja przepisów o ubezpieczeniach społecznych, a w szczególności:

- a) stwierdzanie i ustalanie obowiązku ubezpieczeń społecznych,
- b) ustalanie uprawnień do świadczeń z ubezpieczeń społecznych oraz wypłacanie tych świadczeń, chyba że na mocy odrębnych przepisów obowiązki te wykonują płatnicy składek,
- c) wymierzanie i pobieranie składek na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz Pracy, Fundusz Solidarnościowy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych,
- d) prowadzenie rozliczeń z płatnikami składek z tytułu należnych składek i wypłacanych przez nich świadczeń podlegających finansowaniu z funduszy ubezpieczeń społecznych lub innych źródeł,
- e) prowadzenie indywidualnych kont ubezpieczonych i kont płatników składek,
- f) orzekanie przez lekarzy orzeczników Zakładu oraz komisje lekarskie Zakładu dla potrzeb ustalania uprawnień do świadczeń z ubezpieczeń społecznych.

Zamawiający wskazał, że na całość Oddziału Zamawiającego w Gdańsku składa się 16 obiektów użyteczności publicznej, których celem jest zapewnienie należytej obsługi wszystkich osób przychodzących oraz przebywających w tych budynkach, w tym również jego pracowników.

Zamawiający argumentował, że obowiązany jest też zapewnić wszystkim osobom przebywającym na terenie budynków użyteczności publicznej oraz jego pracownikom należyłą ochronę. Podnosił, że na państwowej jednostce organizacyjnej spoczywa też szczególny obowiązek zapewnienia ochrony budynkach będących jego własnością z powodu przedłużenia stopni alarmowych BRAVO i CHARLIECRP na terenie całego kraju od dnia 1.12.2023 roku do dnia 28.02.2024 roku.

Zdaniem zamawiającego złożenie przez Odwołującego odwołania z dnia 6.12.2023 r. spowodowało, że Zamawiający nie może zawrzeć umowy z wybranym wykonawcą z powodu zakazu określonego w art. 577 Pzp. Jednakże w ocenie Zamawiającego zachodzi konieczność uchylenia tego zakazu, gdyż jego utrzymanie spowoduje, że Zamawiający nie będzie w stanie zapewnić ochrony przebywającym w jego budynkach osobom oraz pracownikom Zakładu (w szczególności w okresie zagrożenia terrorystycznego), co wiązać się będzie z koniecznością zamknięcia wszystkich 16 obiektów użyteczności publicznej w dniu 29.12.2023 roku po godzinie 12.00 do czasu rozpoznania odwołania przez tut. Izbę, a tym samym ogromna rzesza ubezpieczonych, w szczególności emeryci, renciści oraz osoby przebywające na długotrwałych zwolnieniach lekarskich nie otrzymają świadczenia, jak też ich sprawy nie zostaną rozpoznane w należyтым terminie, gdyż pracownicy Zamawiającego również nie będą mogli świadczyć pracy.

Zdaniem Zamawiającego niezawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, zaś skutki te będą przewyższać 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.

Według Zamawiającego mając na uwadze interes publiczny, zachodzi szczególna konieczność zawarcia umowy na świadczenie usługi dozoru i ochrony fizycznej, monitoringu elektronicznego i ochrony interwencyjnej obiektów i mienia Oddziału ZUS w Gdańsku.

Dodatkowo w ocenie Zamawiającego, wniesienie odwołania przez Odwołującego miało na celu uniemożliwienie Zamawiającemu zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. W okresie od 8.10.2023 roku godzina 12.00 do dnia 29.12.2023 roku do godziny 12.00 Odwołujący świadczy usługę ochrony na podstawie umowy zawartej w dniu 2.10.2023 roku.

Zamawiający podniósł, że analizując oferty złożone przez Odwołującego i wybranego wykonawcy, różnica pomiędzy złożonymi ofertami wynosi 286.926,85 zł na korzyść wybranego wykonawcy, jak też różnica za 1 godzinę wykonania brutto wynosi 1,70 zł na korzyść wybranego wykonawcy.

Zdaniem Zamawiającego w związku z powyższym, Odwołujący ma szczególny interes, aby uniemożliwić mu zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Nie mając innych środków na powstrzymanie go przed zawarciem umowy, Odwołujący skorzystał z możliwości złożenia odwołania, wiedząc o tym, że Zamawiający nie będzie mógł zawrzeć umowy z powodu zakazu określonego w art. 577 pzp. Odwołujący stracił jednak z pola widzenia fakt, iż uniemożliwiając zawarcie umowy pozbawia go możliwości zapewnienia min. ochrony wszystkich osób przychodzących i przebywających w budynkach użyteczności publicznej.

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. (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Pzp, *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 ustawy Pzp. 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 Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia 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 Pzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba stwierdziła, że argumentacja zamawiającego przedstawiona we wniosku ogniskowała się w pierwszej kolejności wokół przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp. Odnosząc się do treści wniosku, Izba stwierdziła, że zamawiający nie uprawdopodobnił, że

niezawarcie tej konkretnej umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałby inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu prywatnego. Chybiony okazał się argument o konieczności uchylecia zakazu zawarcia umowy, upatrywany przez zamawiającego w konieczności zamknięcia wszystkich 16 obiektów użyteczności publicznej w dniu 29.12.2023 roku po godzinie 12.00 do czasu rozpoznania odwołania przez Izbę. Zamawiający sam przyznał we wniosku, że Odwołujący świadczy usługę ochrony na podstawie umowy zawartej w dniu 2.10.2023 r. do dnia 29.12.2023 r. do godziny 12.00. Odwołanie zostało wniesione w dniu 6 grudnia 2023 r., zaś termin na jego rozpoznanie przez Izbę upływał będzie w dacie 21 grudnia 2023 r. Na moment rozstrzygnięcia wniosku brak jest podstaw do przypuszczeń, że termin ten nie zostanie dochowany. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia, że nie będzie mógł zawrzeć umowy w trybie niekonkurencyjnym, tak aby zapewnić sobie ciągłość realizacji usług ochroniarskich od dnia 29 grudnia 2023 r. W tej sytuacji należało stwierdzić, że – na chwilę rozpoznawania wniosku – brak jest podstaw do stwierdzenia, że dojdzie do przerwania ciągłości wykonywania usługi.

Niezależnie od powyższego należało wskazać, że Zamawiający, będąc odpowiedzialnym za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Opóźnienia wynikające z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców są okolicznościami, które można było i należało przewidzieć. Nie mogą one same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji jaką jest uchylene zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez zamawiającego w sposób uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Odnośnie przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp Izba stwierdziła, że zamawiający nie uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę i domagał się odrzucenia oferty wybranej. Odwołanie nakierowane było zatem na uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Szczątkowa argumentacja zamawiającego stanowiła jedynie szczątkową

polemikę z treścią odwołania odwołania, jednakże tego rodzaju argumentacja nie wpisuje się w przesłankę z art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp, która dotyczy oczywistych i rażących nadużyć przy wnoszeniu odwołań.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, 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 Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: