

Sygn. akt KIO/W 15/14

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 14 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 kwietnia 2014 r. wniosku z dnia 10 kwietnia 2014 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Centralną Komisję Egzaminacyjną, ul. Lewartowskiego 6, 00-190 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Realizację filmów edukacyjnych / szkoleniowych z testowania zadań do części ustnej egzaminu maturalnego z języka polskiego*”

**postanawia:**

**uchylić zakaz zawarcia umowy w sprawie w/w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.**

**Uzasadnienie**

Zamawiający Centralna Komisja Egzaminacyjna z siedzibą w Warszawie 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 „*Realizację filmów edukacyjnych /*

szkoleniowych z testowania zadań do części ustnej egzaminu maturalnego z języka polskiego”.

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 marca 2014 r. pod numerem 49639.

Zamawiający w dniu 10 kwietnia 2014 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu w związku ze złożeniem przez wykonawcę M.G. w Warszawie (Odwołujący) odwołania w tym postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający wniósł także o zezwolenie mu na zawarcie umowy z wybranym w postępowaniu wykonawcą - M.S. , prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Bang Bang Media Production Marcin Sadowski z siedzibą w Warszawie. 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 wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu realizacji powierzonych mu przez Ministra Edukacji Narodowej zadań statutowych oraz zadań wynikających z ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 2004 r., nr 256, poz. 2572 z późn. zm.). Przywołał art. 9a ust. 3 wskazanej ustawy i § 3 pkt 6 statutu Zamawiającego, zgodnie z którymi na Zamawiającym ciąży w szczególności obowiązek przygotowania materiałów na szkolenia dla egzaminatorów. Wskazał na konieczność terminowego wykonania zamówienia, którego przedmiotem jest realizacja filmów edukacyjnych / szkoleniowych z testowania zadań do części ustnej egzaminu maturalnego z języka polskiego, co stanowi dla Zamawiającego podstawowy element szkolenia egzaminatorów egzaminu maturalnego z języka polskiego od roku szkolnego 2014/2015. Podkreślił, że wykonane w ramach zamówienia materiały umożliwią rozpoczęcie wieloetapowego procesu szkoleń dla egzaminatorów. Łącznie w całym kraju szkolenia obejmą ponad 20 tysięcy osób, które zaangażowane będą w proces sprawdzania prac egzaminacyjnych. Wskazał, że wykonanie zamówienia w jak najkrótszym terminie, jeszcze w kwietniu, stanowi warunek *sine qua non* przeprowadzenia dalszych szkoleń przy uwzględnieniu w pierwszej kolejności zajęć uczniów, poprzez warunki szkolne na organizacji roku szkolnego kończąc.

Zamawiający, odnosząc się do głównych czynników, które mają wpływ na przygotowanie materiałów do przeprowadzenia szkoleń, wskazał, że materiały te muszą zostać wykonane do 25 kwietnia 2014 r. z uwagi na fakt, że w tym terminie kończą zajęcia klasy maturalne, a to właśnie uczniowie tych klas muszą wziąć udział w nagraniach. Termin przygotowania nagrań został zaplanowany tak, aby uczestniczyli w nich uczniowie, którzy rzeczywiście przygotowawali się do egzaminu maturalnego i wkrótce sami będą go zdawać, ponieważ zaangażowanie takich uczniów jest w stanie zapewnić jakąkolwiek autentyczność

rejestrowanych sytuacji *quasi* egzaminacyjnych, a tym samym wiarygodność i autentyczność materiałów. Podkreślił, że kwestia terminów egzaminu maturalnego również jest istotna, ponieważ w czasie matur (a więc w maju i czerwcu) zaangażowanie egzaminatorów do nagrań jest praktycznie niemożliwe - wszyscy uczestniczą w rzeczywistym egzaminie, przesunięcie zaś nagrań na wrzesień - październik oznacza, że nagrania będą gotowe na grudzień, tym samym pozostawiając niespełna 5 miesięcy na przeszkolenie ponad 9 000 polonistów, co – według Zamawiającego - jest niemożliwe do wykonania. Przesunięcie terminu nagrań o 5-6 miesięcy w ocenie Zamawiającego niweczy pożądaný skutek w postaci technicznej i obiektywnej możliwości organizacji i przeszkolenia tak znacznej liczby osób.

Wskazał też, że od roku 2015 w sposób zasadniczy zmienia się formuła egzaminu maturalnego, w szczególności egzaminu z języka polskiego - najważniejsze zmiany dotyczą części ustnej, ponieważ zamiast prezentacji, przygotowywanej przez uczniów przez kilka miesięcy w domu, obowiązywać będzie losowane zadanie z trzech obszarów: językowego, literackiego oraz ikonicznego, a do tej pory taka formuła na egzaminie maturalnym z języka polskiego nie funkcjonowała. Podkreślił, że najważniejszym celem stojącym obecnie przed Centralną Komisją Egzaminacyjną (Zamawiającym) oraz okręgowymi komisjami egzaminacyjnymi jest przeszkolenie odpowiedniej liczby egzaminatorów, przede wszystkim z języka polskiego. Jednak, aby odpowiednio przeszkolić nauczycieli-egzaminatorów do rzetelnego, trafnego i obiektywnego oceniania wypowiedzi zdających w części ustnej egzaminu, według niego, konieczne są odpowiednie materiały szkoleniowe, w tym także nagrania przedstawiające przebieg takiego egzaminu. Na podstawie tych nagrań, w których wystąpią autentyczni uczniowie i nauczyciele, w trakcie szkoleń będzie można przećwiczyć nie tylko organizację tej nowej formuły egzaminu, ale także stosowanie kryteriów oceniania, zupełnie odmienne od stosowanych dotychczas.

Zamawiający wskazał na rozumienie pojęcia interesu publicznego zaprezentowane w treści uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96 jako korzyści uzyskiwanych 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. W tym kontekście stwierdził, że niezawarcie umowy w przedmiotowym zakresie spowoduje negatywne skutki dla szeroko pojętego interesu publicznego w postaci niezapewnienia jednolitości i jakości działań wykonywanych przez okręgowe komisje egzaminacyjne oraz nieporównywalności wyników egzaminu maturalnego. Wskazał, że jako interes publiczny w niniejszym przypadku należy rozumieć osiągnięcie celu publicznego powierzonego Zamawiającemu, jakim jest przeprowadzenie obiektywnego i porównywalnego procesu oceniania, mającego wpływ na dalszy rozwój i edukację zdających.

Jednocześnie też Zamawiający wskazał na nieprawidłowości w korzystaniu ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego i uchybienia formalne, których Odwołujący dopuścił się w postaci nieuiszczenia wpisu (brak dowodu dokonania wpisu zarówno jako załącznik do odwołania, jak i wg informacji otrzymanych w KIO) oraz brak dołączenia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej odwołanie w imieniu Odwołującego, co skutkuje zwrotem odwołania bez rozpatrzenia na podstawie art. 187 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający powołał się dodatkowo na treść art. 5 Kodeksu cywilnego, który stanowi wprost, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego – jego zdaniem - nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W ocenie Zamawiającego wysoce prawdopodobne jest, że Odwołujący blokuje możliwość zawarcia umowy wyłącznie w celu wywarcia nieuzasadnionego nacisku na Zamawiającego.

#### **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 1 kwietnia 2012 r. wpłynęło odwołanie wykonawcy Mikołaj Górecki z Warszawy (sygn. akt: KIO 662/14). W sprawie tego odwołania Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, działając na podstawie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, w dniu 3 kwietnia 2014 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia braków formalnych wniesionego odwołania poprzez uzupełnienie pełnomocnictwa oraz braku wpisu. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zaniechanie poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub pkt 3 ustawy Pzp, jak również zaniechania Zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy Green Ocean Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe ustalenia w sprawie Izba stwierdziła, że w tym przypadku 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, a zakazu wynikającego z normy art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, odwołuje się w swej dyspozycji 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 jest wynikiem złożonego odwołania i ma znaczenie dla terminu zawarcia umowy, a tym samym również realizacji określonego przedsięwzięcia objętego danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby wskazana okoliczność znalazła wypełnienie w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy. Zamawiający wykazał, że przedsięwzięcie związane z przygotowaniem materiałów szkoleniowych i edukacyjnych (filmów) związanych z testowaniem zadań do części ustnej egzaminu maturalnego z języka polskiego mieści się w sferze zadań służących ogółowi, a związanych z ochroną oświaty, na które wskazywał Trybunał Konstytucyjny w swojej uchwale z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt: W 8/96), dokonując interpretacji pojęcia: „interes publiczny”. Niewątpliwie realizacja tego przedsięwzięcia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy jest poważnie zagrożona. Jak wykazał Zamawiający wykonanie przedmiotowego zamówienia powinno nastąpić do dnia 25 kwietnia 2014 r., tj. do zakończenia zajęć klas maturalnych przez uczniów tych klas, którzy – zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego – muszą wziąć udział w nagraniu tych filmów. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (pkt II.2)) maksymalny termin wykonania tego zamówienia został przewidziany co prawda do dnia 9 maja 2014 r. jednakże, niezależnie od tego czy weźmiemy pod uwagę sam termin wskazywany we wniosku przez Zamawiającego, czy też maksymalny określony przez niego w treści ogłoszenia o zamówieniu, wykonanie przedmiotu zamówienia (nakręcenie filmów szkoleniowych i edukacyjnych) z udziałem uczniów aktualnych klas maturalnych, jest sprawą niezwykle pilną z uwagi na terminy egzaminów maturalnych i zaangażowanie uczniów w powyższe, a także z uwagi na przypadający w tym czasie okres dni wolnych od pracy, w czasie których zaangażowanie tych uczniów w realizację przedsięwzięcia będzie niezwykle ograniczone. Mając powyższe na uwadze również należy wskazać, że zakończenie postępowania odwoławczego we wskazanym terminie, a w szczególności do dnia 25 kwietnia 2014 r. jest nader wątpliwe, a to z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący złożył do Izby odwołanie z istotnymi brakami formalnymi, w szczególności z brakiem uiszczenia wpisu odwołania. Istotną okolicznością w sprawie jest także i to, że Odwołujący został wezwany do uzupełnienia braków formalnych odwołania drogą pocztową ze względu na brak wskazania w treści odwołania kontaktu faksowego i podanie adresu poczty elektronicznej, co

uniemożliwiło dostarczenie mu przesyłki z wezwaniem do uzupełniania braków formalnych odwołania w szybkim terminie, uwzględniając przy tym zasadę szybkości postępowania odwoławczego. Z tych też względów Izba stwierdza, że zagrożenie terminu wykonania umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego jest realne i może powodować negatywne skutki dla interesu publicznego, tj. w efekcie może wpływać na nieprawidłowe (bez użycia wskazanych materiałów filmowych, które objęte są przedmiotem zamówienia) przeszkolenie ponad 9 000 polonistów, nauczycieli-egzaminatorów oceniających wypowiedzi zdających egzamin maturalny z języka polskiego w części ustnej. Tym samym realizacja określonego przedsięwzięcia o charakterze oświatowym, które w efekcie ma służyć określonej społeczności uczniów klas maturalnych w całej Polsce, jest w sposób istotny zagrożone, co – zdaniem Izby - wypełnia wskazaną przesłankę interesu 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, a więc interesów wykonawców wykazywanych w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym, w tym w szczególności interesu 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 zamówienie publiczne dane czynności czy zaniechania zamawiającego (ewentualnie broni swoich interesów postępowaniu odwoławczym jako wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego). Izba dokonała owego zważenia tych dwóch okoliczności i stwierdziła, że zabezpieczenie interesu wykonawcy składającego odwołanie w postępowaniu o zamówienie publiczne w niniejszej sprawie nie przewyższa interesu publicznego, uwzględniając przy tym dodatkowo okoliczność, iż to Odwołujący swoim działaniem przyczynił się do uniemożliwienia Izbie szybkiego – tj. w terminie instrukcyjnym wynikającym z przepisów ustawy Pzp – rozpoznania sprawy wniesionego w tej sprawie odwołania.

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:** .....