

Sygn. akt KIO/W/13/22

POSTANOWIENIE z dnia 29 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza-w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 29 marca 2022 roku w Warszawie wniosku z dnia 28 marca 2022 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – Instytut Podstawowych Problemów Techniki Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem „Świadczenie całodobowej usługi ochrony fizycznej budynków i mienia IPPT PAN”

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Pzp Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli :

- 1) niezwarcie 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.

W ocenie Zamawiającego z okoliczności faktycznych, przedstawionych we wniosku, wynika, iż odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Wskazuje na to przede wszystkim okoliczność podniesienia w odwołaniu wyłącznie spóźnionych zarzutów. Odwołujący mógł i powinien był zakwestionować oferty i ich ceny złożone przez Wykonawców, zajmujących wcześniejsze pozycje w rankingu ofert najwyżej ocenionych w stosunku do oferty złożonej przez Odwołującego, w terminie liczonym od pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20 stycznia 2022 r. po dokonaniu badania i oceny wszystkich ofert w postępowaniu pod kątem wystąpienia przesłanek odrzucenia ofert, określonych w art. 226 ust. 1 pkt 1, 3-15 ustawy Pzp. Jeśli zatem Odwołujący uważał, że poza ofertą, której dotyczyły zarzuty pierwszego odwołania, również w odniesieniu do innych ofert zaistniała przesłanka odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny, winien podnieść zarzuty w tym zakresie już w poprzednim odwołaniu. Ceny ofert w postępowaniu oraz fakt, że Zamawiający nie wezwał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp był Odwołującemu znany już w terminie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający, wykonując czynności zgodnie z żądaniami pierwszego z odwołań, odrzucił ofertę MUSI NOVUM m.in. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Jednakże Odwołujący nie podnosił w pierwszym odwołaniu zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do pozostałych ofert.

Zamawiający, dokonując kolejnych czynności z postępowaniu, dokonywał jedynie badania ofert w zakresie weryfikacji podmiotowej wykonawców; weryfikacja cen zawartych w ofertach nastąpiła bowiem przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej. Tym samym odwołanie od ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej mogłoby dotyczyć jedynie nowych lub poprawionych czynności Zamawiającego, co w sprawie nie miało miejsca. Odwołujący podniósł bowiem te same zarzuty wobec kolejnej wybranej oferty.

Zdaniem Zamawiającego wniesione odwołanie zmierza wyłącznie do przedłużenia procedury przetargowej w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Składając oczywiście

spóźnione odwołanie Odwołujący ewidentnie liczy na przedłużenie terminu wykonywania umowy na usługi ochrony, realizowanej obecnie przez Odwołującego. Zamawiający już raz przedłużał okres obowiązywania umowy z Odwołującym. Wniesienie na obecnym etapie oczywiście bezzasadnego odwołania, zawierającego spóźnione zarzuty obliczone jest jedynie na zawarcie kolejnego aneksu do obowiązującej umowy i przedłużenie czasu jej realizacji przez Odwołującego, a w konsekwencji pobierania przez niego wynagrodzenia z tytułu umowy.

Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że obecnie obowiązująca umowa zawarta z Odwołującym na ochronę obiektów Zamawiającego obowiązuje do dnia 31 marca 2022 r. Tym samym z dniem 1 kwietnia 2022 r. umowa przestaje wiązać strony. Oznacza to, że od 1 kwietnia 2022 r. budynek i mienie IPPT PAN pozostają bez ochrony. Siedziba Zamawiającego mieści nie tylko pomieszczenia biurowe, ale również, z uwagi na specyfikę działalności Zamawiającego,

pracownie i laboratoria, w których znajduje się sprzęt i urządzenia o wysokiej wartości zarówno materialnej, jak i naukowej. Między innymi z tego względu ochrona budynku ma charakter całodobowy. Zabezpieczenie budynków i mienia IPPT ma charakter priorytetowy. Brak możliwości zawarcia umowy i kontynuowania ochrony obiektu może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego rozumianego jako zagrożenie dla prowadzonych w instytucie badań naukowych.

W ocenie Zamawiającego, złożenie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy jest zasadne. Działania podejmowane przez Odwołującego, wywołują negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, i w tym przypadku nie mogą zasługiwać na ochronę.

Zamawiający nie oczekuje od Izby, aby w trakcie oceny zasadności przedmiotowego wniosku Izba badała zasadność wniesionego odwołania, a jedynie wnosi o zbadanie wagi interesu publicznego, którego zagrożenie miałoby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów oraz zbadania sposobu działania Odwołującego, który jest obliczony jedynie na przedłużenie postępowania przetargowego.

Z tych powodów, w przekonaniu Zamawiającego, zachodzi przesłanka do wyrażenia zgody, ponieważ niezwarcie przedmiotowej umowy w opisanych okolicznościach faktycznych 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.

Z tego względu Zamawiający wnosił o pozytywne rozpoznanie wniosku.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała miejsce w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP/00329930/01 z dnia 23 grudnia 2021 roku. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 20 stycznia 2022 roku Zamawiający dokonał po raz pierwszy wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu – oferty złożonej przez wykonawcę MUSI NOVUM sp. z o.o. (dalej jako: MUSI NOVUM). Zamawiający po dokonaniu badania ofert nie dokonał odrzucenia żadnej z ofert. W ustalonym przez Zamawiającego rankingu ofert obecnie Odwołujący zajmował czwarte miejsce.

W dniu 21 stycznia 2022 roku wykonawca Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. (dalej jako: Odwołujący) złożył odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP:

- 1) Art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się do oferenta MUSI NOVUM, o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi,
- 2) Art. 224, 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 PZP poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez MUSI NOVUM oferta nie budzi wątpliwości (...)
- 3) art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 PZP poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej podczas gdy zaproponowane przez MUSI NOVUM warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską (...);
- 4) art. 28 PZP poprzez niedochowanie należytej staranności wymaganej od zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia (...).

Zarzutami odwołania objęto jedynie ofertę wykonawcy MUSI NOVUM sp. z o.o.. Odwołujący nie kwestionował ofert złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu ani realności zaoferowanych cen.

Zamawiający pismem z dnia 28 stycznia 2022 roku uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnień i w tym samym dniu unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej oraz wezwał MUSI NOVUM do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca MUSI NOVUM złożył w dniu 1 lutego 2022 roku stosowne wyjaśnienia, z których wynikało, że cenę skalkulował m.in. w oparciu o zatrudnienie osób niepełnosprawnych, co Zamawiający wprost wykluczył odpowiedziami na pytania nr 2 i 3 do SWZ. W konsekwencji Zamawiający w dniu 3 lutego 2022 roku uwzględnił odwołanie w całości. Wskutek braku sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania, sprawa o sygn. KIO 209/22 została umorzona. Zamawiający uznał ofertę MUSI NOVUM za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

W dalszej kolejności Zamawiający przystąpił do weryfikacji podmiotowej kolejnego wykonawcy, który złożył ofertę najwyższej ocenioną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Wykonawca Agencja Ochrony Osób i Mienia „Egida” M.K.J. R. Sp. j. (dalej jako: EGIDA) nie złożył prawidłowych środków dowodowych w zakresie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej. Dokumenty nie zostały również złożone na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP. Z uwagi na powyższe oferta wykonawcy EGIDA została odrzucona na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt. 2c PZP.

Wobec powyższego Zamawiający dokonał weryfikacji sytuacji podmiotowej następnego wykonawcy, który złożył ofertę najwyższej ocenioną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu badaniu, konsorcjum firm BASMA SECURITY Sp. z o.o. i Cerber Ochrona sp. z o.o.. Po dokonaniu pozytywnej weryfikacji podmiotowej Zamawiający w dniu 18 marca 2022 roku dokonał wyboru oferty wykonawcy BASMA jako najkorzystniejszej. Według obecnego rankingu Odwołujący zajmuje

drugie miejsce, po wybranym wykonawcy BASMA.

W dniu 22 marca 2022 roku Odwołujący ponownie złożył odwołanie podnosząc te same zarzuty i argumentację wobec oferty BASMA, co w odwołaniu z dnia 21 stycznia 2022 roku wobec oferty MUSI NOVUM.

Jednocześnie, z uwagi na fakt, że dotychczasowa umowa obejmująca ochronę całodobowej usługi ochrony fizycznej budynków i mienia IPPT PAN realizowana przez Odwołującego wygasła z dniem 31 stycznia 2022 r., Zamawiający zgodnie z zapisami umowy i odnośnymi przepisami Pzp przedłużył okres jej obowiązywania do 31 marca 2022 r.

W sprawie odwoławczej nie został jeszcze wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy w momencie rozpoznawania wniosku. Termin rozpoznania wniosku upływał w dniu 2 kwietnia 2022 roku.

Izba, mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, w szczególności zadania jakie mogą być realizowane przy użyciu przedmiotu usług uznała, że złożony wniosek zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z 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.

Izba badając przesłanki możliwości uchylenia zakazu zawarcia umowy z wniosku Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, uznała, że wniosek jest zasadny.

W ocenie Izby wskazane przez wnioskodawcę okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Zamawiający wykazał również że niezawarcie umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Zamawiający wykazał we wniosku obiektywne okoliczności, wynikające z charakteru zamówienia. Wskazał, że ze względu na specyfikę prowadzonej działalności, w tym działalności naukowej dysponuje sprzętem zgromadzonym w laboratoriach i pracowniach o znacznej wartości majątkowej, który musi podlegać 24 godzinnej nieprzerwanej ochronie. Brak ochrony może spowodować możliwości dostępu do obiektów osób nieuprawnionych, co może negatywnie wpłynąć na prowadzone przez Zamawiającego badania naukowe.

Celem rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu jest umożliwienie zawarcia umowy realizującej przedmiot zamówienia, a jej realizacja ma uniemożliwić wystąpienie negatywnych skutków dla interesu publicznego. Zamawiający prawidłowo określił w jakich dziedzinach mamy w przedmiotowym postępowaniu do czynienia z interesem o charakterze publicznym, zamówienie dotyczy usług realizowanych w specyficzny sposób przez jednostki naukowe, wyniki tych prac mogą być istotne dla ogółu społeczeństwa. Jak wynika ze stanowiska doktryny i judykatury pojęcie interesu publicznego nie ma charakteru jednolitego i stałego ale na potrzeby konkretnego przypadku należy go ustalić i skonkretyzować w odniesieniu do uwarunkowań konkretnej sprawy. Zawsze dotyczy on pewnego ogółu i nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się zaś do interesu jednostkowego lub określonej grupy osób, a skutki jego naruszenia będą mieć powszechny charakter.

Ponadto w ocenie składu orzekającego Zamawiający uprawdopodobnił, że wniesienie odwołania ma na celu uniemożliwienie zawarcia umowy. Słusznie we wniosku Zamawiający zauważył, że Odwołujący, dąży do przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia i postępowania odwoławczego, bowiem jako podmiot obecnie wykonujący zamówienie, dąży do przedłużenia umowy terminowej zawieranej na warunkach poza trybami zapewniającymi konkurencyjność. Odwołujący kwestionuje cenę oferty wykonawcy wybranego w wyniku uwzględnienia poprzednio złożonego odwołania, które wnosił ten sam Odwołujący. Co więcej w pierwszym z odwołań, choć Odwołujący zajmował czwartą w rankingu pozycję, kwestionował jedynie ofertę wykonawcy wybranego. Zauważyć należy, iż ceny ofert

i ustalenia Zamawiającego co do badania rażąco niskiej ceny były Odwołującemu znane już na etapie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Takie działanie jest nie do pogodzenia z interesem publicznym. Okoliczności wykonywania zadań statutowych przez Zamawiającego przewyższać powinny konieczność zapewnienia ochrony jednostce. Poza tym w sytuacji uznania zarzutów odwołania za zasadne Izba ma możliwość unieważnienia umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych, może nałożyć karę finansową na Zamawiającego, może orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy, stwierdzić naruszenie przepisów ustawy Pzp. Zatem również interes podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą korzystającego ze środków ochrony prawnej pozostaje zabezpieczony.

Reasumując Izba uznała, że wskazywane we wniosku negatywne skutki niezawarcia umowy w przedmiocie zamówienia 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, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz interesu Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 578 ust. 4 zdanie 2 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: