

Sygn. akt: KIO/W 39/22

POSTANOWIENIE

z dnia 30 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 30 listopada 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 25 listopada 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Gen. W. Andersa 47, 41-200 Gliwice

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Ochrona fizyczna kompleksu wojskowego 4 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Gliwicach przy ul. Andersa 47.”,

postanawia:

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

Uzasadnienie

4 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Gliwicach, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą „Ochrona fizyczna kompleksu wojskowego 4 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Gliwicach przy ul. Andersa 47.”,

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 lipca 2022 r. pod pozycją nr 2022/S 143-410794.

W dniu 25 listopada 2022 r. Zamawiający wniósł wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy wskazując, iż czyni to w związku z wniesieniem odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. „STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) i „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (partner), zwanych dalej „Odwołującymi”.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podniósł, że w dniu 10 listopada 2022 r. poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 21 listopada 2022 r.

Odwołujący w dniu 21 listopada 2022 r. poinformował Zamawiającego o wniesieniu odwołania, przesyłając jego treść przy pomocy środków komunikacji elektronicznej. Natomiast w dniu 22 listopada 2022 r. Odwołujący przesłał potwierdzenie dyspozycji przelewu wpisu od odwołania, z treści którego wynika, że data jego dokonania to 22 listopada 2022 r., czyli po terminie na wniesienie odwołania. Zatem Odwołujący nie dopełnił przesłanek określonych w art. 517 ust. 2 ustawy Pzp, a jego odwołanie powinno zostać zwrócone zgodnie z treścią art. 519 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie fakt nieterminowego uiszczenia wpisu uprawdopodobnia, że odwołanie to wniesione zostało jedynie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą.

Odwołujący wskazał na niedopełnienie czynności Zamawiającego polegające na „zaniechaniu wezwania Konsorcjum DGP do wyjaśniania ceny usługi w celu wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niskie koszty i ceny usług w stosunku do przedmiotu zamówienia, które budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów”, dodając przy tym, że „Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit”. Oferta wykonawcy z najkorzystniejszą ceną (DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (Lider), DGP Provider Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy oraz Derśław Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Zawada) nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do zaoferowanej ceny, ponieważ nie spełnienia wymogów przesłanki art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Cena całkowita złożonej oferty (4 374 620,52 zł) nie była niższa o 30 % wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (4 068,171,25 zł) ani średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp (4 670 779,05 zł). Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że wszystkie złożone oferty plasowały się powyżej ceny jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (4 068,171,25 zł brutto). Dalej wskazał, że Zamawiający nie dysponuje takimi

informacjami na jakie wskazuje Odwołujący, które mogłyby stanowić podstawę do badania złożonych ofert.

Zamawiający wskazał także, że przedmiot zamówienia jest newralgiczny z punktu widzenia prawidłowego zabezpieczenia funkcjonowania jednostek wojskowych w kompleksie przy ul. Gen. Władysława Andersa 47 w Gliwicach, a zgodnie z terminem realizacji, usługa ochronny powinna rozpocząć się w dniu 30 listopada 2022r. o godzinie 15.00. Wykonawca, aby dopełnić formalności podpisania umowy zobowiązany jest między innymi do dostarczenia opracowanych oraz zaakceptowanych przez Dowódcę (obiektu/kompleksu) Instrukcji Ochrony obiektu/kompleksu zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz przedstawienia wykazu osób przewidzianych do realizacji usługi zgodnie z Opiskiem Przedmiotu Zamówienia co Wykonawca uczynił. Realizacja tych czynności przez kolejnego Wykonawcę przedłuży termin przystąpienia do realizacji umowy i zmusi Zamawiającego do angażowania w zadanie ochrony obiektu własne siły i środki co spowoduje obniżenie zdolności do realizacji zadań obrony kraju w trudnej do przewidzenia perspektywie czasowej. Przy ocenie przedstawionego wniosku należy mieć na uwadze również obecną sytuację geopolityczną na świecie.

Reasumując Zamawiający wniósł o uchylenie przez Izbę zakazu zawarcia umowy w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 578 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577.
2. 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.

Zgodnie z treścią art. 577 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zakaz ten może zostać uchylony przez Izbę w trybie art. 578 ustawy Pzp. Uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Jest to więc instytucja wyjątkowa, której zastosowanie uzasadnia tylko nadzwyczajna sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła

skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), bądź też Zamawiający uprawdopodobni, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy (art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Zamawiający, składając wniosek o odstąpienie od tej zasady, powinien w sposób przekonujący i nie budzący wątpliwości wykazać wystąpienie przesłanek, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 lub pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast Izba, rozpatrując wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, bierze pod uwagę jedynie treść uzasadnienia wniosku wniesionego przez Zamawiającego i w oparciu o to uzasadnienie ocenia czy zachodzą przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy, o których mowa w art. 578 ustawy Pzp.

Zamawiający – jak wynika z treści przedmiotowego wniosku – wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, powołując się na wystąpienie przesłanki określonej w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i wskazując, że odwołanie wniesione zostało w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą.

Okoliczności przytoczone przez Zamawiającego we wniosku nie stanowią wystarczającej podstawy do przyjęcia, że odwołanie wniesione zostało wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Argumenty Zamawiającego w znacznej części odnoszą się bowiem do treści odwołania i stanowią polemikę z zarzutami odwołania, dotyczącymi zaniechania wezwania Konsorcjum DGP do wyjaśniania ceny usługi w celu wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niskie koszty i ceny usług w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie stanowią one jednak skutecznego wykazania wystąpienia przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż na etapie oceny wniosku Zamawiającego Izba nie bada ani zasadności, ani też skuteczności wniesienia odwołania. Wskazany przepis odnosi się zatem wyłącznie do przypadków oczywistych, które nie wymagają szczegółowej analizy odwołania. Izba dokonuje bowiem jedynie oceny wykazania przez Zamawiającego wystąpienia przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Wniesienie środka ochrony prawnej stanowi uprawnienie wykonawcy i przejaw dążenia do uzyskania zamówienia. Działania takiego nie można ocenić jako ukierunkowanego na nieuzasadnione przedłużenie postępowania. Wniesione odwołanie podlega rozpoznaniu przez Izbę jedynie w przypadku, gdy nie zawiera braków formalnych odwołania oraz został od niego uiszczony wpis w wymaganej wysokości. Dlatego też odwołanie, niezwołanie po jego wniesieniu, podlega badaniu przez Prezesa Izby pod kątem braków formalnych i faktu uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości. Prezes Izby w przypadku stwierdzenia braku możliwości nadania prawidłowego biegu odwołania (skierowania do

rozpoznania przez Izbę) wskutek niezachowania warunków formalnych odwołania lub braku pełnomocnictwa bądź też

braku dowodu uiszczenia wpisu we właściwym terminie, zobowiązany jest wezwać wykonawcę do poprawienia lub uzupełnienia odwołania bądź też złożenia dowodu uiszczenia wpisu. To dopiero bezskuteczny upływ terminu na usunięcie braków formalnych odwołania będzie skutkował zwrotem odwołania. W takiej sytuacji (nieusunięcia braków formalnych odwołania) Prezes Izby zwróci odwołanie. Są to więc czynności dokonywane przez Prezesa Izby. To Prezes Izby dokonuje bowiem oceny spełnienia przez odwołanie wymagań określonych w art. 517 ustawy Pzp, a tym samym decyduje o nadaniu odwołaniu dalszego biegu. Izba, dokonując oceny zasadności wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, nie dokonuje oceny czynności przypisanej Prezesowi Izby. Nie dysponuje także aktami sprawy odwoławczej, gdyż to odwołanie nie zostało jeszcze skierowane do rozpoznania, a dokonując oceny wniosku, Izba w tym konkretnym stanie faktycznym dokonuje jej wyłącznie na jego podstawie.

Odwołujący wnosząc odwołanie skorzystał z przysługującego mu prawa. W dniu 10 listopada 2022 r. został bowiem poinformowany przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty i w dniu 21 listopada 2022 r. wniósł odwołanie. Odwołanie to – jak wskazał Zamawiający – dotknięte jest wadami formalnymi. Jednak istnienie braku formalnego odwołania oraz braku dowodu uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości w terminie na wniesienie odwołania nie przesądza jeszcze o zwrocie odwołania. Ma to miejsce – jak już wyżej wskazano - dopiero po bezskutecznym upływie terminu na usunięcie braków formalnych odwołania. Brak taki (brak formalny odwołania) w przypadku skorzystania przez wykonawcę z przysługującego mu uprawnienia (uprawnienia do wniesienia odwołania) nie może stanowić podstawy do uznania, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Postępowanie odwoławcze ma bowiem na celu nie tylko ochronę wykonawców uczestniczących w postępowaniu o zamówienie ale pośrednio również chroni zamawiających i służy szeroko pojętemu interesowi publicznemu, bowiem jego efektem jest przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kwestionowanym w odwołaniu zakresie.

Argumenty Zamawiającego wskazujące na konieczność zabezpieczenia prawidłowego funkcjonowania podległych jednostek, jak również formalności związanych z podpisaniem umowy w żaden sposób nie uprawdopodobniają, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia przedmiotowej umowy a wyłącznie taką podstawę Zamawiający wskazał w złożonym wniosku. Argumenty te, podniesione niejako dodatkowo, wskazują jedynie z jakimi trudnościami będzie ewentualnie borykał się Zamawiający w sytuacji braku możliwości podpisania umowy do dnia 30 listopada 2022 r.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający nie uprawdopodobnił, aby odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 578 ust 4 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: