

POSTANOWIENIE
z dnia 19 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 19 lipca 2024 r. w Warszawie wniosku z dnia 17 lipca 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze zgłoszonego przez zamawiającego: Polskie Porty Lotnicze S.A. z/s w Warszawie (ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Dostawę artykułów spożywczych na potrzeby Salonów EXL oraz VIP”*

postanawia:

**uchyla zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub
postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Polskie Porty Lotnicze S.A. z/s w Warszawie w uzasadnieniu wniosku podał (...) w związku z odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15.07.2024 r. przez Wykonawcę WW SERWIS S.W. (ul. Ks. Sajny 3, 05-530 Góra Kalwaria), działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwaną dalej „Ustawą”, zwraca się z prośbą o uchylenie zakazu zawarcia umowy z wybranym w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcą ALMAX-DYSTRYBUCJA sp. z o.o. Zamawiający wskazuje, że w sprawie zachodzą obie przesłanki wskazane w przywołanym przepisie:

- 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.

Zamawiający działając z należytą starannością, chcąc zapewnić ciągłość dostaw napojów dla Salonów EXL oraz VIP, wszczął postępowanie w przedmiocie dostawy napojów bezalkoholowych w dniu 19.04.2024 r. (ogłoszenie nr 238233-2024). Niestety, postępowanie zostało unieważnione w dniu 23.05.2024 na podstawie art. 255 pkt 3) Ustawy z uwagi na fakt, że cena jedynej oferty niepodlegającej odrzuceniu przekraczała kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z tym już 24.05.2024r, a więc następnego dnia po unieważnieniu, Zamawiający wszczął kolejne postępowanie (ogłoszenie nr 314020-2024) którego dotyczy Odwołanie. Podkreślenia więc wymaga fakt że Zamawiający wykazał się należytą starannością i dalece idącą zapobiegliwością wszczynając pierwsze postępowanie już w kwietniu br.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, iż dotychczasowa umowa na dostawę napojów bezalkoholowych do Salonów EXL oraz VIP obowiązuje do wyczerpania jej maksymalnej wartości wynoszącej 345 967,36 PLN (netto). Rosnąca liczba obsługiwanych pasażerów, przekraczająca prognozy Zamawiającego (czerwiec 2024 był kolejnym z rzędu miesiącem z rekordowo dużą liczbą odprawionych pasażerów), jak również panujące w ostatnich tygodniach wysokie temperatury powietrza wpłynęły na zwiększoną konsumpcję napojów, a tym samym na szybsze wykorzystanie umowy. W dniu 15.07.2024 r. środki na umowie zostały wyczerpane. Zamawiający wskazuje, że zawarcie przedmiotowej umowy na zapewnienie ciągłości dostaw napojów bezalkoholowych do Salonów Executive oraz Strefy VIP Line, na Lotnisku Chopina w Warszawie ma kluczowe znaczenia dla charakteru usług obiektu i jego funkcjonowania. Zamawiający zwraca ponadto uwagę, że konieczność zapewnienia możliwości zakupu napojów w Salonach wynika nie tylko z konieczności zapewnienia dostępności pełnej oferty cateringowej dla pasażera, ale przede wszystkim z faktu, że pasażerowie podczas kontroli bezpieczeństwa zobowiązani są do pozostawienia wszelkich płynów, w tym również napojów o pojemności ponad 500 ml i nie mają możliwości wniesienia ich do strefy zastrzeżonej lotniska.

Tym samym wypełniona zostaje przesłanka wskazana w pkt 1 ust. 2 art. 578 ustawy Pzp.

Ponadto, analizując treść odwołania Zamawiający wskazuje, iż całość podniesionej w nim argumentacji skupia się na braku informacji w ofercie wybranej dot. pojemności oferowanych napojów. Zdaniem Zamawiającego argumentacja ta jest nietrafiona a zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ z dokumentacji postępowania wprost wynika iż dodatkowe informacje dot. m.in. parametrów oferowanych przez wykonawcę produktów wymagane są jedynie w przypadku oferowania produktów innych (równoważnych) niż opisane w SWZ: „Wykonawca, który w ofercie powoła się na zastosowanie produktów równoważnych w stosunku do opisywanych w specyfikacji warunków zamówienia, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie opisanym powyżej, oraz wpisać nazwę produktu równoważnego w specyfikacji asortymentowej – Formularzu specyfikacja ilościowo cenowa”. Zamawiający wyjaśnia, że wybrana oferta nie zawierała produktów innych niż opisane w SWZ (równoważnych), a w takiej sytuacji Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XIV ust 4 SWZ wymagał, aby: „w kolumnie „produkt oferowany” wpisać nazwę (markę) produktu oferowanego asortymentu np. mleko Łaciate. W przypadku zaoferowanego produktu równoważnego do produktu preferowanego należy podać nazwę producenta, nazwę produktu i jego opis”.

Tym samym Zamawiający wskazuje, iż materializuje się przesłanka określona w pkt 2 ust. 1 art. 578 ustawy PZP.

Wobec powyższego Zamawiający wnosi o uchylenie zakazu zawarcia umowy z wybranym w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcą ALMAX-DYSTRYBUCJA sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę uzasadnienie wniosku, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba - zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Pzp - może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

- 1) nie zawarcie 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.

Przesłanki odpowiednio wskazane w punkcie 1 i punkcie 2 cytowanego artykułu mają charakter samodzielny, nie muszą być spełnione łącznie, są od siebie niezależne.

Mając na uwadze okoliczności wskazane przez Zamawiającego w treści wniosku, Izba uznała, że w niniejszej sprawie zostały spełnione obie przesłanki wskazane w przepisie w jego pkt 1 i pkt 2 uzasadniające uchylenie zakazu zawarcia umowy w przedmiotowej sprawie.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy wniosek jest: *„dostawa napojów bezalkoholowych do Salonów Executive oraz Strefy VIP Line, na Lotnisku Chopina w Warszawie”*.

Izba, w przypadku pierwszej z przesłanek z pkt 1) rozpoznając wniosek zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy, dokonuje oceny, z jednej strony – negatywnych skutków dla interesu publicznego, które mogą zostać spowodowane niezawarciem umowy, a z drugiej – korzyści związanych 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.

W przedmiotowej sprawie Izba miała na uwadze następujące okoliczności podnoszone we wniosku okoliczności:

- 1) zakończenie z dniem 15 lipca 2024 r. dotychczasowej umowy na dostawę napojów bezalkoholowych do Salonów EXL oraz VIP - obowiązującą do wyczerpania jej maksymalnej wartości;
- 2) rosnącą liczbą obsługiwanych pasażerów, przekraczającą prognozy Zamawiającego (czerwiec 2024 był kolejnym z rzędu miesiącem z rekordowo dużą liczbą odprawionych pasażerów), jak również panujące w ostatnich tygodniach wysokie temperatury powietrza wpływająca na zwiększoną konsumpcję napojów;
- 3) konieczność zapewnienia możliwości zakupu napojów w Salonach wynikająca przede wszystkim z faktu, że pasażerowie podczas kontroli bezpieczeństwa zobowiązani są do pozostawienia wszelkich płynów, w tym również napojów o pojemności ponad 500 ml – brak możliwości ich wniesienia do strefy zastrzeżonej lotniska;

Izba miała też na uwadze, że realizacja tego zamówienia, kontynuacja ciągłości dostaw napojów – jak podał Zamawiający - ma kluczowe znaczenia dla charakteru usług obiektu i jego funkcjonowania.

Zdaniem Izby, ochrona wskazywanych we wniosku wartości ma niewątpliwie pierwszeństwo przed ochroną interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie, szczególnie, że termin rozpoznania odwołania nie został jeszcze wyznaczony. Szkoda wywołana wskazanymi skutkami niewątpliwie może mieć wymiar (aczkolwiek trudny do skwantyfikowania na tym etapie) obiektywny, podczas gdy ochrona interesu wnoszącego odwołanie wykonawcy związana jest z realizacją jego subiektywnego interesu ekonomicznego, który miałby być naruszony – według jego argumentacji - skutkiem zaniechania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy.

W odniesieniu do drugiej z przesłanek – punkt 2) art. 578 ust. 2 ustawy Pzp – Izba dokonując wstępnej oceny uznała, że Zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Almax-Dystrybucja sp. z o.o. wnoszący odwołanie wykonawca WW Serwis S. W. odniósł do części 2, podnosząc brak opisu do oferowanych produktów. Zamawiający natomiast we wniosku podał, że *„z dokumentacji postępowania wprost wynika iż dodatkowe informacje dot. m.in. parametrów oferowanych przez wykonawcę produktów wymagane są jedynie w przypadku oferowania produktów innych (równoważnych) niż opisane w SWZ”*. Wskazał również, że *„wybrana oferta nie zawierała produktów innych niż opisane w SWZ (równoważnych)”*, a w takiej sytuacji Zamawiający zgodnie z Rozdziałem XIV ust 4 SWZ wymagał, aby: *„w kolumnie „produkt oferowany” wpisać nazwę (markę) produktu oferowanego asortymentu np. mleko Łaciate”*. Także podał, że: *„W przypadku zaoferowanego produktu równoważnego do produktu preferowanego należy podać nazwę producenta, nazwę produktu i jego opis”*.

W odwołaniu wykonawca nie dowodzi, że produkty, których dotyczy konkurencyjna oferta to produkty równoważne.

Mając to na uwadze, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 2 w związku z art. 578 ust. 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: