

POSTANOWIENIE
z dnia 18 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 18 grudnia 2020 r. w Warszawie wniosku zamawiającego: **MPWiK w m.st. Warszawie S.A. w Warszawie** (Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa) z dnia 15 grudnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO) wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Całodobowa ochrona fizyczna obiektów i mienia Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.” znak sprawy: 01160/WS/PW/PZP-DRZ- WRO/U/2020.

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Zamawiający - MPWiK w m.st. Warszawie S.A. w Warszawie w piśmie z dnia 15 grudnia 2020 r. wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), (ustawa Pzp), w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest: „Całodobowa ochrona fizyczna obiektów i mienia Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.” Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz.

Urz. UE pod numerem 2020/S 145-358104 w dniu 29 lipca 2020 r. W uzasadnieniu wniosku wskazał na odwołanie, które zostało wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 15 grudnia 2020r. przez Konsorcjum Solid Security sp. z o.o. oraz Solid sp. z o.o. i w szczególności na następujące okoliczności:

Zgodnie z art. 183 ust. 2 Pzp *„Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach 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”*. Zdaniem zamawiającego, uzasadnionym jest skorzystanie z uprawnienia z art. 183 ust. 2 Pzp w niniejszej sprawie, gdyż w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z celowym działaniem wykonawcy wnoszącym odwołanie, zmierzającym do przewlekłości i uniemożliwienia zawarcia umowy z wykonawcą wybranym, bez żadnego naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Podał, że odwołujący w odwołaniu złożonym po otrzymaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, neguje wyłącznie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, którego ofertę wybrano, w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej o które został poproszony przez zamawiającego oraz formułuje zarzuty wobec oceny drugiej w kolejności oferty. Nie neguje prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym w szczególności nie podważa zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny i nie wnioskuje o uznanie jej za cenę rażąco niską. Tym samym w ocenie zamawiającego nie zmierza do uzyskania zamówienia, lecz jedynie do przedłużenia procedury i odroczenia terminu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą licząc, że do tego momentu, zamawiający przedłuży z odwołującym obecnie obowiązującą (do 31.12.2020r.) umowę w sprawie ochrony obiektów. Brak zanegowania czynności wyboru oferty w ocenie zamawiającego dowodzi braku interesu w uzyskaniu zamówienia. Tym samym zakaz zawarcia umowy, który taki interes ma chronić staje się zbędny.

Wskazał, że *„Negatywne skutki dla interesu publicznego, które wystąpią w przypadku braku zniesienia zakazu zawarcia umowy na przejawiają się w tym, że realizacja zadania publicznego jakim jest zbiorowe zaopatrzenie w wodę mieszkańców aglomeracji warszawskiej może być utrudniona lub uniemożliwiona ochrona obiektów zamawiającego służąca. Brak ochrony obiektów służących wykonywaniu takiej działalności może powodować celowe zniszczenia obiektów i przerwy w dostawie wody, może powodować także celowe zanieczyszczenia wody grożąc niemożliwymi do przewidzenia skutkami do zdrowia i życia około 2 milionów osób korzystających z sieci wodociągowej zarządzanej*

przez zamawiającego. Ochrona tych szczególnie istotnych wartości ma w ocenie zamawiającego pierwszeństwo przed wątpliwym (co wykazujemy) interesem Odwołującego we wniesieniu odwołania. Szkoda wywołana nierealizowaniem zamówienia może mieć wymiar trudny do wyobrażenia, gdyby doszło np. do skażenia wody, podczas gdy ochrona interesu Odwołującego obejmuje wyłącznie prawa do uzyskania wiedzy co do sposobu kalkulacji cen przez konkurentów. Zamawiający, zwraca przy tym uwagę, że Odwołujący nie zarzucił wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, że zawiera ona cenę rażąco niską. Przeciwnie okoliczności faktyczne sprawy wskazują, że cena ta nie będzie mogła być negowana, będąc zbliżoną do ceny samego odwołującego i różni się od niej jedynie o ok. 5% (cena odwołującego 21.513 071 zł, zaś cena oferty najkorzystniejszej 20.429 648 zł.) Zwrócił także uwagę, że ceny wszystkich ofert (poza odwołującym i wybraną złożono jeszcze dwie oferty) były niezmiernie zbliżone: Impel – 21.090 933 zł Konsalnet 24.459 300 zł). Samo wezwanie do wyjaśnienia ceny spowodowane było wyłącznie tym, że zamawiający ustalił wartość zamówienia na stosunkowo wysokim poziomie, zaś wykonawcy składając oferty wskazali jednoznacznie, że obecne wyceny rynkowe są niższe”.

W podsumowaniu prezentacji stanu faktycznego i oceny skutków niemożności pilnego zawarcia umowy zamawiający wskazał, że brak zanegowania ceny oferty wygrywającej, a więc brak możliwości podważenia jej wyboru przez odwołującego powoduje, że odwołanie nie chroni jego interesu a jednocześnie godzi w istotny interes publiczny w sposób wykazywany powyżej. Dodał, że (...) część z obiektów chronionych stanowi tzw. infrastrukturę krytyczną w rozumieniu ustawy z 26 kwietnia 2007 r o zarządzaniu kryzysowym, tj. infrastrukturę kluczową dla bezpieczeństwa państwa i jego obywateli, co dodatkowo potwierdza wystąpienie przesłanki z art. 183 ust 3 odnoszącej się do negatywnych skutków dla interesu publicznego powstających wskutek wstrzymania zawarcia umowy. Wykonawca wnosząc odwołanie, którego dotyczy niniejsze pismo nie dąży do ochrony interesu własnego w postępowaniu, lecz zamierza jedynie wykorzystać przysługujące mu prawo do realizacji swego interesu ekonomicznego, naruszając przy tym interes publiczny co czyni jego działanie wątpliwym w świetle art. 5 KC”. Zwrócił uwagę na wyrok KIO /UZP 127/10) cytując za wyrokiem, że: „Wykonawca ma obowiązek działania z należytą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym”.

Zdaniem zamawiającego, przedstawione (...) negatywne skutki dla interesu publicznego 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. Trudno uznać, że ochrona interesów Odwołującego jest ważniejsza aniżeli interes publiczny, w sytuacji, gdy Odwołujący nie domagając się wyboru jego oferty nie negując wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą zmierza jedynie do przymuszenia zamawiającego do przedłużenia z nim umowy ochrony obiektów na narzuconych przez niego warunkach. Bez wątplenia takie działanie nie zasługuje na ochronę, gdyż jest nadużyciem przysługującego prawa i powinno być piętnowane przez KIO". Wskazał ponadto, że (...) Zamawiający nie może poprzez czynności własne przyspieszyć rozstrzygnięcia sporu, który powstał wskutek wniesienia odwołania. W szczególności zamawiający nie może uwzględnić odwołania, gdyż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej jest prawidłowe, wyczerpujące i w całości wypełnia okoliczności uznania informacji za chronione przepisami o tajemnicy przedsiębiorstwa. Ich naruszenie poprzez ujawnienie informacji narażałoby w tej sytuacji zamawiającego na odpowiedzialność karną przewidzianą art. 23 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".

Z uwagi na powyższe wniosł o uchylenie przez KIO zakazu zawarcia umowy z art. 183 ust. 1 Pzp w przedmiotowym Postępowaniu.

Izba uznała, że wniosek zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie ze wskazanym we wniosku art. 183 ust.2 zdanie drugie ustawy Pzp: „Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach 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".

W tym przypadku Izba, odnosząc się do przesłanek wymaganych przepisem art. 183 ust.2 ustawy Pzp - miała na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku, w szczególności negatywne skutki dla interesu publicznego, które mogą wystąpić w przypadku braku zniesienia zakazu zawarcia umowy na całodobową ochronę fizyczną obiektów i mienia Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A, przejawiające się w tym, że realizacja (z wykorzystaniem tych obiektów) zadania publicznego

jakim jest zbiorowe zaopatrzenie w wodę mieszkańców aglomeracji warszawskiej może być utrudnione lub uniemożliwione. Brak ochrony obiektów służących wykonywaniu takiej działalności – których część jak wskazano we wniosku stanowi tzw. infrastrukturę krytyczną w rozumieniu ustawy z 26 kwietnia 2007 r o zarządzaniu kryzysowym, tj. infrastrukturę kluczową dla bezpieczeństwa państwa i jego obywateli - może powodować zagrożenie celowego zniszczenia obiektów i przerwy w dostawie wody, może powodować także zagrożenie celowego zanieczyszczenia wody i w konsekwencji może grozić niemożliwymi do przewidzenia skutkami do zdrowia i życia około 2 milionów osób korzystających z sieci wodociągowej zarządzanej przez zamawiającego. Ochrona tych szczególnie istotnych wartości ma niewątpliwie pierwszeństwo przed ochroną interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie. Szkoda wywołana wskazanymi skutkami może mieć wymiar obiektywnie niewątpliwie trudny do wyobrażenia, w sytuacji gdyby doszło np. do skażenia wody, podczas gdy ochrona interesu wnoszącego odwołanie wykonawcy związana jest z realizacją jego subiektywnego interesu ekonomicznego, który (jak wskazano we wniosku) miałby być naruszony skutkiem pozbawienia wykonawcy (jego zdaniem) prawa do weryfikacji informacji w konkurencyjnych ofertach.

W konkluzji Izba stwierdza, że przedstawione we wniosku negatywne skutki dla interesu publicznego 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.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych postanowiła jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....