

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 24 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 maja 2024 r. w Warszawie wniosku z dnia 21 maja 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez:

zamawiającego Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia we Wrocławiu „Radio Wrocław” Spółka Akcyjna w likwidacji z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Usługi emisji programów Radia Wrocław SA w zakresie UKF w okresie 36 miesięcy, z ośmiu obiektów nadawczych; numer referencyjny: ET/308/2023/W

postanawia:

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

Uzasadnienie

W dniu 21 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął wniosek Polskiego Radia - Regionalnej Rozgłośni we Wrocławiu „Radio Wrocław” Spółka Akcyjna w likwidacji z siedzibą we Wrocławiu (dalej „zamawiający”) o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp”, w związku z wniesieniem w dniu 20 maja 2024 r. odwołania przez wykonawcę Emitel S.A. (dalej „Emitel”), dotyczącego postępowania pn. Usługi emisji programów Radia Wrocław SA w zakresie UKF w okresie 36 miesięcy, z ośmiu obiektów nadawczych; numer referencyjny: ET/308/2023/W (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 232-729804 dnia 1 grudnia 2023 r.

Jako podstawę złożonego wniosku zamawiający wskazał art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wniosku zamawiający zaznaczył na wstępie, że wszczął niniejsze postępowanie z odpowiednim wyprzedzeniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało wysłane do publikacji w dniu 27 listopada 2023 r. Z kolei w dniu 31 maja 2024 r. ulega zakończeniu umowa zawarta z odwołującym na usługi emisji programów Radia Wrocław SA. Przedmiotem udzielanego obecnie zamówienia jest świadczenie usług emisji od dnia 1 czerwca 2024 r.

Przedłużające się znacząco postępowanie skutkuje brakiem możliwości zawarcia umowy, która zabezpieczałaby usługi emisji programów radiowych zamawiającego po dniu 1 czerwca 2024 r.

Zamawiający wymienił następnie negatywne skutki dla interesu publicznego, jakie miałyby dla zamawiającego brak zawarcia umowy i zapewnienia świadczenia usług emisji programów:

1. brak możliwości dotarcia z programami radiowymi zamawiającego do słuchaczy Dolnego Śląska;
2. brak możliwości realizacji misji publicznej, co stanowi podstawowy obowiązek i cel działania regionalnej publicznej rozgłośni radiowej;
3. brak możliwości powiadamiania ludności w przypadku zagrożenia, katastrof i tym podobnych zdarzeń nagłych, co jest podstawowym obowiązkiem publicznej rozgłośni radiowej;
4. utrata wpływów z emisji reklam, stanowiących istotne źródło utrzymania rozgłośni;
5. roszczenia odszkodowawcze za niewyemitowane, a zakontraktowane reklamy.

Ponadto zamawiający wskazał, że w jego głębokim przekonaniu, odwołanie złożone 20 maja 2024 r. wniesione zostało przez odwołującego wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Zarzuty odwołania są bowiem spóźnione, gdyż odwołujący podnosi zarzuty, które mógł podnieść w dacie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym odwołanie podlega odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wniósł o skierowanie sprawy na posiedzenie niejawnie Krajowej Izby Odwoławczej, celem wydania postanowienia w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, przed rozstrzygnięciem odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Do rozpoznania przedmiotowego wniosku zastosowanie znajdują przepisy art. 577 i art. 578 ustawy Pzp.

Na wstępie Izba przypomina, że instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem i stanowi odstępstwo w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 577 ustawy Pzp). Powyższe ma z jednej strony chronić interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, z drugiej zaś także interes zamawiającego, poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zaskarżonym zakresie.

W związku z powyższym, przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy zostały sformułowane bardzo rygorystycznie i powinny być wykładane ostrożnie, w oparciu o dany stan faktyczny. Ewentualne uchylenie zakazu powinno następować w sytuacjach wyjątkowych, o szczególnym znaczeniu.

Z mocy art. 578 ust. 2 ustawy Pzp Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy wyłącznie w przypadkach, jeśli:

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 we wniosku argumentował, że niezawarcie przez niego 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. Wymienił przy tym pięć okoliczności, które będą miały miejsce w związku z brakiem zawarcia umowy z nowo wybranym w postępowaniu wykonawcą. Wskazał na: (1) brak możliwości dotarcia z programami radiowymi zamawiającego do słuchaczy Dolnego Śląska; (2) brak możliwości realizacji misji publicznej, co stanowi podstawowy obowiązek i cel działania regionalnej publicznej rozgłośni radiowej; (3) brak możliwości powiadamiania ludności w przypadku zagrożenia, katastrof i tym podobnych zdarzeń nagłych, co jest podstawowym obowiązkiem publicznej rozgłośni radiowej; (4) utratę wpływów z emisji reklam, stanowiących istotne źródło utrzymania rozgłośni; (5) roszczenia odszkodowawcze za niewyemitowane, a zakontraktowane reklamy. Przy czym, poza enumeratywnym wyliczeniem wskazanych wyżej

przesłanek, zamawiający nie opisał i nie uzasadnił w żaden sposób dlaczego powyższe skutki miałyby przewyższać 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. Zamawiający ograniczając się jedynie do wyliczenia skutków, które wiążą się z brakiem zawarcia umowy, nie podołał obowiązkowi wykazania wystąpienia przesłanek, o których mowa w przywołanym przez niego przepisie, a które uzasadniałyby uchylenie zakazu zawarcia umowy. Twierdzenia zamawiającego należy uznać za ogólnikowe i gołosłowne. Niektóre z przywoływanych okoliczności zamawiający mógł bowiem i powinien był udowodnić jak np. utrata wpływów z emisji reklam, czy też roszczenia odszkodowawcze, tymczasem nie wskazał nawet i nie opisał szczegółowo o jakiej stracie mowa i w jakiej wysokości są to odszkodowania. Nie załączył też do wniosku żadnych dokumentów na poparcie swoich twierdzeń.

Zamawiający nie uprawdopodobnił także, że wniesione przez wykonawcę w dniu 20 maja 2024 r. odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Wskazuje wprawdzie, że zarzuty odwołania są spóźnione, gdyż odwołujący podnosi zarzuty, które mógł podnieść w dacie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym odwołanie podlega odrzuceniu. Zamawiający przyznaje zatem, że doszło do ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, nie nadmienia jednak nawet, że doszło do niego na skutek uwzględnienia przez zamawiającego poprzednio wniesionego przez tego samego wykonawcę odwołania (co wynika z treści odwołania Emitel z 20 maja 2024 r.). Z kolei kwestia czy przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu, zostanie zbadana przez skład orzekający rozpoznający odwołanie w sprawie.

Bez znaczenia dla oceny zasadności złożonego wniosku jest okoliczność, że przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte 1 grudnia 2023 r. Zamawiający działając z należytą starannością winien wszcząć postępowanie i zakończyć je w takim terminie, aby umożliwić ochronę zarówno własnych interesów oraz interesów potencjalnych wykonawców. Ponadto, zamawiający oprócz tego, że wskazał datę wszczęcia postępowania, nie przedstawił i nie opisał z jakich powodów postępowanie to tak znacznie się przedłużyło, czego skutkiem jest brak zawarcia umowy do chwili obecnej. Nie wiadomo zatem czy jest to efekt wnoszonych w postępowaniu odwołań, czy też może zaniechań ze strony zamawiającego. Aby Izba mogła to ocenić, konieczne byłoby zapoznanie się z harmonogramem podejmowanych czynności, którego zamawiający nie przedstawił.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, uznając, że przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp nie zostały spełnione, co skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodnicząca: