

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 25 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 25 czerwca 2024 r. w Warszawie wniosku z dnia 20 czerwca 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Powiat Kartuski** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na **Organizację pobytu letniego dla maksymalnie 50 dzieci z rodzin zastępczych zawodowych oraz z rodzinnych domów dziecka w 2024 roku.**

postanawia:

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

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Kartuski - działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - złożył w dniu 20 czerwca 2024 r. wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na organizację pobytu letniego dla maksymalnie 50 dzieci z rodzin zastępczych zawodowych oraz z rodzinnych domów dziecka w 2024 roku.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że wybór najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu nastąpił dnia 11 czerwca 2024 r. W związku z powyższym termin na wniesienie odwołania w przedmiotowym postępowaniu upłynął dnia 17 czerwca 2024 r. i do tego dnia Zamawiający nie otrzymał w żaden sposób informacji o wniesionym odwołaniu i rozpoczął przygotowywanie do podpisywania umowy z wybranym wykonawcą.

W dniu 19 czerwca 2024 r. Zamawiający otrzymał listem poleconym odwołanie od wykonawcy Pierwsza Spółka Turystyczna Sp. z o.o., ul. Heleny Modrzejewskiej 2/3, 75-729

Koszalin. Odwołujący w żaden sposób nie poinformował Zamawiającego o wniesieniu odwołania w obowiązującym terminie, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca w treści odwołania oświadczył, iż „(...) kopia odwołania została przesłana listem poleconym bezpośrednio do zamawiającego na dowód czego przekładam dowód nadania listu poleconego do Powiatu Kartuskiego (...)”. W związku z tym, że odwołanie to zostało przekazane Zamawiającemu w dniu 19 czerwca 2024 r. jedynie za pośrednictwem placówki pocztowej operatora wyznaczonego należałoby uznać, że powinno zostać odrzucone z przyczyn formalnych na podstawie art. 528 pkt 6) ustawy Pzp. Ponadto, do rozpatrzenia pozostaje kwestia czy nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy Pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Niezależnie od wskazanych wyżej przesłanek formalnych, Zamawiający wskazywał na zasadność odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na nieudowodnienie rażąco niskiej ceny, co zostało opisane w informacji o odrzuceniu oferty.

Zdaniem Zamawiającego, wyżej przywołane okoliczności w dużym stopniu uprawdopodobniają, że odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy zgodnie z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że Odwołujący zna uwarunkowania dotyczące konieczności rozpoczęcia świadczenia usługi z dniem 1 lipca 2024 r. oraz zdając sobie sprawę, iż wniesienie odwołania może spowodować niemożność podpisania umowy z wybranym wykonawcą ze względu na okres wypoczynku, można uznać za wielce uprawdopodobnione działanie Odwołującego w złej wierze, aby swym działaniem doprowadzić wyłącznie do uniemożliwienia zawarcia umowy. Za powyższym przemawia także sposób wniesienia odwołania, który nastąpił niezgodnie z warunkami wynikającymi z przepisów ustawy. Odwołujący, jako profesjonalny podmiot działający na rynku zamówień publicznych, z pewnością wie jak poprawnie wnieść odwołanie, w tym zachowując terminy wynikające z ustawy oraz poprawnie informując strony (np. poprzez formę elektroniczną) o wniesieniu odwołania. Natomiast sposób wniesienia odwołania i poinformowania Zamawiającego o powyższym sugeruje, że ma to na celu wydłużenie procedury wyboru wykonawcy, tak aby podpisanie umowy z wybranym wykonawcą było bezprzedmiotowe.

Zamawiający wskazywał dalej, że za wyrażeniem zgody o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 Pzp, przemawiają względy społeczne i ważny interes publiczny, zgodnie z art. 578 ust. 2 pkt 1 wyżej przywołanej ustawy. Zapewnienie opieki dla dzieci przebywających w zawodowych rodzinnych formach opieki zastępczej wynika z ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Ponadto, ze względu na nasilenie zaburzeń, trudnych zachowań u dzieci oraz często trudną współpracę z rodzinami biologicznymi i wynikające z tego przeciążenie opiekunów zastępczych Zamawiający zauważa, że możliwość odpoczynku i spędzenia czasu tylko z własnymi dziećmi jest wręcz koniecznością i profilaktyką wypalenia. Przy braku tej możliwości obawia się, że opiekunowie

zastępczy zaczął podupadać na zdrowiu, zapadać na choroby psychosomatyczne, a także skończy się ich potencjał do świadczenia dobrej opieki, co wynika z wiedzy psychologicznej na temat funkcjonowania człowieka w permanentnym stresie.

Zamawiający podnosił, że ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej wprowadziła pojęcie „rodziny pomocowej”, tj. rodziny, która albo jest aktywną rodziną zastępczą albo przeszła szkolenie dla kandydatów na rodzinę zastępczą lub adopcyjną. Jednakże rodzina pomocowa nie zyskuje żadnych dodatkowych uprawnień (np. urlopu) oprócz skromnego wynagrodzenia oraz środków na utrzymanie dzieci. Tym samym, w sytuacji kiedy występują przepełnienia w rodzinnej pieczy zastępczej i brakuje miejsc do umieszczania kolejnych dzieci, które mimo sytuacji zagrożenia zdrowia i życia przebywają nadal w rodzinach pochodzenia, nie ma również możliwości umieszczenia u nich dodatkowych dzieci na okres wakacyjny. Rodziny te nie dysponują ani warunkami lokalowymi ani możliwościami opiekuńczo-wychowawczymi do podjęcia się opieki nad kilkorgiem dodatkowych dzieci na okres 30 dni. W powiatach ościennych sytuacja wygląda podobnie albo gorzej (rodziny zastępcze mają po kilkoro dzieci ponad stan).

Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Pomorskiego Ośrodka Adopcyjnego, z którym współpracuje, czy spośród przeszkolonych kandydatów ktoś byłby zainteresowany podjęciem się funkcji rodziny pomocowej na okres wakacyjny, jednakże uzyskał informację, że względu na pracę zawodową i brak uprawnienia do dodatkowego urlopu nikt nie może podjąć się takiej opieki przez 30 dni. W związku z tym, od dwóch lat opieka dla dzieci przebywających w zawodowych rodzinnych formach opieki zastępczej realizowana jest w formie kolonii. Ze względu na wysoki koszt, konieczne jest przeprowadzenie procedury przetargowej. Opiekunowie zastępczy w porozumieniu z Zamawiającym planują urlopy w tym samym czasie i w okresie narzuconym z góry. W bieżącym roku planowano kolonie na okres od 1 do 30 lipca 2024 r. i taką informację przekazano opiekunom, tym samym dopasowali oni swoje plany do tego terminu. Zawierając, że organizator pieczy zastępczej zrealizuje obowiązek ustawowy zapewnienia im 30-dniowego okresu czasowego niesprawowania opieki w związku z wypoczynkiem, zaplanowali w tym czasie wczasy i wycieczki we własnym gronie rodzinnym. Ponieważ jest to szczyt sezonu, to aktualnie nie ma możliwości odwołania bez straty finansowej takich wyjazdów, przesunięcia ich w czasie lub ostatecznie domówienia miejsc dla dodatkowych dzieci. Ponadto, opiekunowie zastępczy nie dysponują wystarczającymi środkami, aby zapewnić przyjętym dzieciom równie atrakcyjny i kosztowny wyjazd, jak np. swoim własnym.

W opinii Zamawiającego, konieczne jest, aby kolonie zapewniające opiekę dzieciom na czas czasowego niesprawowania opieki w związku z wypoczynkiem odbyły się we wskazanym wcześniej terminie. Sytuacja, jeśli zostaną one przesunięte w czasie, lub odwołane całkowicie spowoduje zaburzenie planów opiekunów zastępczych i straty

finansowe. Nie wspominając już o takim aspekcie, jak załamanie zaufania do instytucji, co zakłóci dalszą współpracę. Praca w pieczy zastępczej, która ma na celu zapewnianie wysokiej jakości opieki dzieciom pozbawionym troski rodzicielskiej, opiera się głównie na relacjach, zaufaniu oraz zasadzie wzajemności. Odebranie opiekunom możliwości wypoczynku spowoduje zakłócenie tych obszarów, a także skutkować może zmęczeniem i wypaleniem, a w konsekwencji koniecznością rozwiązania tych rodzin i koniecznością zapewnienia innej opieki dla kilkudziesięciu strauumatyzowanych dzieci.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00326500 z dnia 16 maja 2024 r. Zamawiający prowadził postępowanie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.). Dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 11 czerwca 2024 r. W dniu 20 czerwca 2024 r. wykonawca Pierwsza Spółka Turystyczna Sp. z o.o. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z czym Zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu umowy.

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.

Zamawiający we wniosku odnosił się do obu wskazanych podstaw prawnych.

Izba zważyła, że Zamawiający nie wykazał, aby odwołanie wykonawcy Pierwsza Spółka Turystyczna Sp. z o.o. zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Przepis został wprowadzony do Pzp w związku z sytuacjami, w których zamawiający nie mógł zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu wnoszenia kolejnych odwołań przez wykonawcę, który - sam nie mając szansy na uzyskanie zamówienia - blokował tę możliwość konkurentom. Odwołania takie były bezzasadne *prima facie* albo podlegały odrzuceniu, w tym również z powodu powołania się na okoliczności będące przedmiotem wcześniejszego rozstrzygnięcia Izby w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego lub wycofywane przez wykonawcę, który w krótkim czasie wносił kolejne odwołanie.

Sytuacja taka nie zaszła w okolicznościach sprawy. Odwołanie wniesione przez wykonawcę Pierwsza Spółka Turystyczna Sp. z o.o. jest pierwszym odwołaniem wniesionym wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie można zatem twierdzić, że odwołanie wniesione zostało wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Zamawiający uzasadniając podstawę uchylenia zakazu wskazaną w art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp odnosi się merytorycznie do przesłanek odrzucenia wniesionego odwołania, co nie może być prawnie skuteczne. Rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania Izba nie dokonuje bowiem oceny odwołania wniesionego w danym postępowaniu. W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylenia zakazu zawarcia umowy miałoby charakter „przedsądu”. Przepis art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zatem do przypadków oczywistych, które nie wymagają szczegółowej analizy odwołania. Przypomnieć bowiem trzeba, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy stanowi instytucję wyjątkową, która nie może być nadużywana, gdyż jej stosowanie poza szczególnie uzasadnionymi sytuacjami uniemożliwiałoby korzystanie ze środków ochrony prawnej i ochronę słuszych interesów wykonawcy mającego szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Brak jest zatem podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby w okolicznościach sprawy zaszły jednak przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Powołany przepis wymaga ustalenia w pierwszej kolejności, czy brak udzielenia zamówienia, czyli niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem skutkiem czynności podjętych przez zamawiającego.

Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie orzecznictwo przyjmuje rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Kierując się tą definicją Izba uznała, że organizacja pobytu letniego dla maksymalnie 50 dzieci z rodzin zastępczych zawodowych oraz z rodzinnych domów dziecka w 2024 r. mieści się w kategorii interesu publicznego. W interesie publicznym leży nie tylko wskazana przez Zamawiającego potrzeba odpoczynku i spędzenia czasu tylko z własnymi

dziećmi, ale przede wszystkim zapewnienie wysokiej jakości opieki dzieciom pozbawionym troski rodzicielskiej.

Równocześnie z uwagi na znaczące utrzymujące się od dłuższego czasu obciążenie Izby pracą wynikającą z dużej liczby wniesionych odwołań nie można też mieć pewności, że odwołanie wniesione przez wykonawcę Pierwsza Spółka Turystyczna Sp. z o.o. zostanie rozpoznane w terminie wskazanym w ustawie.

W tym stanie rzeczy ważąc interes publiczny polegający na organizacji pobytu letniego dla maksymalnie 50 dzieci z rodzin zastępczych zawodowych oraz z rodzinnych domów dziecka w 2024 r. oraz interes odwołującego się wykonawcy, Izba doszła do przekonania, że uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest zasadne. Uszczerbek dla interesu publicznego wynikający z braku możliwości natychmiastowego udzielenia zamówienia przeważa bowiem nad indywidualnym ekonomicznym interesem odwołującego się wykonawcy. Izba uznała, że zawarcie umowy dopiero po rozpatrzeniu wniesionego odwołania spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, które przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 578 ust. 4 Pzp.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie 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: