

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 2 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 2 maja 2024 r. w Warszawie wniosku z dnia 26 kwietnia 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zakład Karny w Kamińsku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywne dostawy do magazynu żywnościowego Zamawiającego pieczywa i produktów piekarskich” (znak sprawy: D/Kw.2232.2.2024)

postanawia:

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

UZASADNIENIE

Zakład Karny w Kamińsku (dalej: „Zamawiający” lub „Zakład Karny”) działając na podstawie art. 578 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), w związku z wniesieniem odwołania z dnia 4 kwietnia 2024 r. oraz odwołania z dnia 23 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Piekarnia Tyrolska sp. z o.o., złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioszek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywne dostawy do magazynu żywnościowego

Zamawiającego pieczywa i produktów piekarskich” (znak sprawy: D/Kw.2232.2.2024, dalej: Postępowanie”).

W uzasadnieniu przedmiotowego wniosku Zamawiający wskazał, że w dniu 18 marca 2024 r. ogłosił postępowanie na dostawy pieczywa i produktów piekarskich w celu zapewnienia wyżywienia osadzonemu odbywającym karę pozbawienia wolności w Zakładzie Karnym w Kamińsku. Wartość przedmiotowego zamówienia jest mniejsza i nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust 3 ustawy Pzp. Ponadto Zakład Karny podniósł, że obecnie posiada umowę na dostawy pieczywa i produktów piekarskich obowiązującą do dnia 12 maja 2024 r.

Kolejno Zamawiający wskazał, że podpisanie umowy na dostawy pieczywa i produktów piekarskich dla osób skazanych osadzonych w Zakładzie Karnym w Kamińsku jest konieczne w celu zapewnienia im codziennego wyżywienia. Zapewnienie odpowiedniego wyżywienia osadzonemu jest jednym z podstawowych obowiązków jednostki penitencjarnej i niezbywalnym prawem osadzonego sklasyfikowanym w art. 102 pkt 1 w zw. z art. 109 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 127 ze zm., zwanej dalej „k.k.w.”). Zakład Karny zaznaczył, że asortyment w postaci pieczywa musi być dostarczany do jednostki penitencjarnej codziennie, aby uzyskać odpowiednie bezpieczeństwo i jakość wyżywienia, natomiast ilości jakie są niezbędne do zaspokojenia potrzeb związanych z wyżywieniem osadzonych, są zbyt duże, aby można było zakupić pieczywo rzadziej niż codziennie. Co więcej, termin przydatności do spożycia wyżej wymienionych produktów żywnościowych jest na tyle krótki (minimum 3 dni od dnia dostawy), że Zamawiający nie może dokonać ich zakupu w większej ilości, na tzw. „zapas”. Pieczywo musi być świeże, wypieczone najpóźniej 9 godzin przed dostawą. Ponadto Zakład Karny podniósł, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 lutego 2016 r. w sprawie wyżywienia osadzonych w zakładach i aresztach śledczych (Dz.U. z 2016 r. poz. 302) procentowa zawartość składników odżywczych, obejmująca wartość dzienną, powinna wynosić w posiłkach odpowiednio: - białko 10 - 15%, tłuszcze poniżej 30 %, węglowodany 50 - 65%, nie mniej niż 2600 kilokalorii. Podstawowym produktem spożywczym codziennego wyżywienia, aby uzyskać wymienione wartości odżywcze i kaloryczne jest więc pieczywo, bez którego zapewnienie osadzonemu prawidłowego wyżywienia byłoby niemożliwe. Zamawiający podniósł, że w Zakładzie Karnym w Kamińsku poza osobami zdrowymi przebywają osoby pozbawione wolności z różnymi schorzeniami, którym lekarz zaleca stosowanie odpowiedniej diety indywidualnej. Dotychczas stosuje się wyżywienie w jednostce według jedenastu diet, w tym rodzaje posiłków indywidualnych przyznawanych przez lekarza. Do każdego z tych posiłków podawany jest chleb razowy, mieszany lub bezglutenowy. Zakład Karny podkreślił, że zapewnienie wyżywienia osobom odbywającym karę izolacyjną w Zakładzie Karnym w Kamińsku podyktowane jest także

szeroko pojętym humanitaryzmem i obowiązkiem poszanowania godności osobistej osadzonych. Zaniechanie zapewnienia osadzonym wyżywienia w postaci pieczywa może w skrajnych przypadkach odbić się negatywnie na stanie ich zdrowia. Nadto Zamawiający wskazał, że w przypadku niezapewnienia osadzonym odpowiedniego wyżywienia, które to uprawnienie gwarantują osadzonym przepisy powszechnie obowiązującego prawa (vide: art. 102 pkt 1 k.k.w.), z całą pewnością zaistnieje możliwość stwierdzenia bezprawności działania administracji Zakładu Karnego w Kamińsku, a co za tym idzie przypisania Skarbowi Państwa odpowiedzialności odszkodowawczej wobec osób osadzonych w tutejszej jednostce penitencjarnej. Zamawiający podniósł, że w sytuacji niezapewnienia osadzonym właściwego wyżywienia nie musi nastąpić po ich stronie szkoda, np. w postaci pogorszenia stanu zdrowia, zaś wystarczające będą choćby negatywne odczucia psychiczne związane z niezapewnieniem odpowiednich i zgodnych z prawem warunków, w jakich odbywają karę pozbawienia wolności w Zakładzie Karnym w Kamińsku, związanych z brakiem odpowiedniego wyżywienia.

W ocenie Zamawiającego powyższe względy bezsprzecznie wskazują na to, iż w przedmiotowym przypadku zachodzi okoliczność uprawniająca Izbę do uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego sklasyfikowana w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Ponadto zdaniem Zakładu Karnego w niniejszej sprawie zachodzi także przesłanka z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp upoważniającą Izbę do uchylenia zakazu umowy, tj. obydwa odwołania zostały wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy. Zakład Karny wskazał, że wykonawca Piekarnia Tyrolska sp. z o. o. kopię pierwszego odwołania od rozstrzygnięcia postępowania złożonego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 1232/24) przekazał Zamawiającemu w dniu 4 kwietnia 2024 r., kiedy to zarzucił Zakładowi Karnemu, że dokonał on niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechał czynności w Postępowaniu. Zamawiający podniósł, że powyższe odwołanie wykonawca Piekarnia Tyrolska sp. z o. o. wniósł na czynność, która w rzeczywistości nie miała miejsca. Następnie w dniu 24 kwietnia 2024 r. do Zakładu Karnego w Kamińsku wpłynęło kolejne odwołanie od rozstrzygnięcia Postępowania. Zakład Karny wskazał, że wykonawca Piekarnia Tyrolska sp. z o. o. stawia w rzeczonym odwołaniu identyczne zarzuty, które złożył w pierwszym odwołaniu i dodatkowo wskazuje w dalszej części, że „Zamawiający nawet nie zwrócił się do GS Samopomoc o wyjaśnienia nt. ceny wskazanej w ofercie, a zatem nie dopełnił niezbędnych czynności dla zapewnienia prawidłowości przebiegu postępowania publicznego. Zaniechał zatem ustawowych obowiązków Zamawiającego”. Zakład Karny nadmienił, że wykonawca Piekarnia Tyrolska sp. z o. o. nie miał jednak wiedzy o działaniach Zamawiającego podjętych w kierunku wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez

Gminną Spółdzielnię Samopomoc Chłopska, gdyż nie wnioskował o udostępnienie dokumentacji postępowania.

W ocenie Zamawiającego powyższe działania wykonawcy Piekarnia Tyrolska sp. z o. o. wskazują, że dąży on do uniemożliwienia zawarcia umowy. Wykonawca składa uporczywie kolejne odwołanie od tej samej czynności, gdzie pierwsze dotyczy czynności której Zakład Karny nie dokonał, natomiast w drugim zarzuca Zamawiającemu dokonanie czynności sprzecznych, których nawet nie sprawdził. Zdaniem Zamawiającego w związku ze złożonymi odwołaniami istnieje ryzyko, że może dojść do niezawarcia umowy w odpowiednim czasie, który gwarantowałby ciągłość dostaw pieczywa i produktów piekarskich, stanowiących podstawowy asortyment wyżywienia osób pozbawionych wolności w Zakładzie Karnym w Kamińsku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 578 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577”.

Z kolei stosownie do treści przepisu 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 o uchylenie zakazu zawarcia umowy z dnia 26 kwietnia 2024 r. odniósł się do obu przesłanek, o których mowa w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że z wyżej wymienionych przepisów wynika, iż 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. Zamawiający powinien zatem wykazać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania.

Rozpoznając wniosek złożony w rozpoznawanej sprawie, Izba stwierdziła, że wskazane przez Zamawiającego okoliczności nie uzasadniają uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Na wstępie Izba zważyła, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zasły przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis wymaga ustalenia w pierwszej kolejności, czy niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Jeśli odpowiedź na to pytanie jest pozytywna, wówczas należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem skutkiem czynności podjętych przez zamawiającego.

Składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, zamawiający musi w sposób szczegółowy i za pomocą precyzyjnych twierdzeń wykazać wpływ wykonania danego zamówienia na ochronę słusznego interesu publicznego, którego niewykonanie w sposób ewidentny przekracza potrzebę ochrony praw odwołującego się wykonawcy.

Należy zauważyć, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji interesu publicznego. Z tego względu doktryna i orzecznictwo posiłkują się uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt W 8/96), zgodnie z którą interes publiczny stanowią 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. Interesu publicznego nie należy jednak utożsamiać z interesem zamawiającego.

Z przedstawionego przez Zakład Karny stanu sprawy nie wynika, że 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.

W uzasadnieniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający wskazał, że ma zabezpieczoną dostawę do dnia 12 maja 2024 r., jednak w ogóle nie odniósł się do kwestii możliwości aneksowania aktualnej umowy w zakresie terminu jej obowiązywania jak również nie podjął próby wyjaśnienia, ani nawet uprawdopodobnienia, że nie jest w stanie przeprowadzić zamówienia z wolnej ręki, tak aby zapewnić dostawę pieczywa i produktów piekarskich w terminie szybszym niż pozwalałoby na to podpisanie umowy z wykonawcą wybranym w niniejszym Postępowaniu. Innymi słowy Zakład Karny nie wyjaśnił, czy istnieją jakiegokolwiek przeszkody uniemożliwiające zastosowanie dostępnych instrumentów prawnych w celu zapewnienia ciągłości dostaw stanowiących przedmiot zamówienia do czasu podpisania umowy z wykonawcą w wyniku rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego. W tej sytuacji należało stwierdzić, że – na chwilę rozpoznawania wniosku – brak jest podstaw do stwierdzenia, że dojdzie do przerwania ciągłości dostaw wyżej wymienionego asortymentu.

Ponadto Izba wskazuje, że Zamawiający, jako podmiot odpowiedzialny za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Wszelkie opóźnienia, które wynikają z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców są okolicznościami, które można było i należało przewidzieć. Nie mogą one stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Tym samym Zamawiający powinien z odpowiednio dużym wyprzedzeniem zorganizować procedurę przetargową, tak aby zminimalizować powstałe ryzyko związane z jej prowadzeniem.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zakład Karny nie wykazał spełnienia przesłanki zawartej w treści przepisu art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się z kolei do drugiej przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że Zamawiający nie uprawdopodobnił, aby odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Należy zauważyć, że Zakład Karny uzasadniając wyżej wymienioną podstawę uchylenia zakazu zawarcia umowy podniósł, iż w toku Postępowania zostały złożone dwa odwołania, z tym że pierwsze z nich dotyczy czynności, której Zamawiający nie dokonał, natomiast w drugim odwołujący się wykonawca zarzuca Zakładowi Karnemu dokonanie czynności sprzecznych, których nie sprawdził, gdyż nie wnioskował o udostępnienie dokumentacji postępowania. W ocenie Izby powyższe nie może być jednak uznane za skuteczne wykazanie spełnienia omawianej przesłanki. W tym miejscu zasadnym jest wskazanie, że na etapie rozpatrywania wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Nie dokonuje też merytorycznej oceny zawartych w nim zarzutów (zob. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2021 r. o sygn. akt KIO/W 75/21). W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylenia zakazu zawarcia umowy miałoby charakter „przedsądu”. Przepis art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zatem wyłącznie do przypadków oczywistych, które nie wymagają szczegółowej analizy odwołania. Wniesienie środka ochrony prawnej stanowi uprawnienie wykonawcy i przejaw dążenia do uzyskania zamówienia. Działania takiego nie można ocenić jako ukierunkowanego na nieuzasadnione przedłużenie postępowania, a bynajmniej takiego celowego działania wykonawcy Piekarnia Tyrolska sp. z o.o. Zamawiający nie wykazał.

Nadto należy podkreślić, że Izba dokonuje oceny wniosku o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy jedynie na podstawie informacji w nim zawartych. Zakład Karny decydując się na sformułowanie wniosku w trybie art. 578 ust. 1 ustawy Pzp powinien więc zawrzeć w nim wyczerpującą argumentację przemawiającą za spełnieniem przesłanek wskazanych w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp, w tym kompleksowo opisać stan faktyczny sprawy

w sposób, który nie będzie budził żadnych wątpliwości m.in. poprzez precyzyjne wskazanie czynności dokonanych w Postępowaniu, które – zdaniem Zamawiającego – mogą mieć istotne znaczenie dla rozpoznania złożonego wniosku.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy Pzp, uznając, że przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 i 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 zdanie drugie ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodnicząca: