

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 29 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 29 kwietnia 2024 roku w Warszawie wniosku z dnia 25 kwietnia 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez zamawiającego Skarb Państwa - 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia – mikrobusów w latach 2024-2025”, nr ref. D/227/2023.

postanawia:

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

Uzasadnienie:

Zamawiający Skarb Państwa - 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie – pismem z dnia 25 kwietnia 2024 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadniając ww. wniosek Zamawiający wskazał, że w dniu 21 marca 2024 roku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, o czym poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. wykonawca MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. (dalej jako Odwołujący) wniosła odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej także jako KIO, Izba). Sprawa prowadzona była pod sygnaturą KIO 1075/2024. W dniu 19 kwietnia 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie wywołanej wniesionym przez Odwołującego odwołaniem z dnia 2 kwietnia 2024 r. oddaliła odwołanie.

Kolejno Odwołujący w dniu 23 kwietnia 2024 r. ponownie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w tym samym postępowaniu.

Zamawiający przytoczył treść art. 577 Pzp oraz art. 578 ust. 2 Pzp.

Zdaniem Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu występuje sytuacja szczególna, która powinna prowadzić Krajową Izbę Odwoławczą do wniosku, że tym

postępowaniu konieczne jest uchylenie zakazu zawarcia umowy, z uwagi na zaktualizowanie się obu przesłanek wymienionych w art. 578 ust. 2 PZP.

Zamawiający stoi na stanowisku, że dotychczasowy przebieg tego postępowania oraz jego aktualny etap w pełni uzasadniają twierdzenie, że nie przychylenie się do niniejszego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy wykluczy możliwość sprawnego zakontraktowania przez 2 Regionalną Bazę Logistyczną z wybranym Wykonawcą dostawy samochodów ogólnego przeznaczenia – mikrobusów.

Przesłanka negatywnych skutków dla interesu publicznego

W uzasadnieniu Zamawiający przywołał treść art. 11 ustawy z dnia 11 marca 2022 r. o obronie Ojczyzny.

Zamawiający podniósł, że samochody ogólnego przeznaczenia – mikrobus będące przedmiotem prowadzonego postępowania w łącznej ilości 104 egzemplarzy stanowią istotny środek transportu służący zabezpieczeniu działań w obrębie wszystkich rodzajów wojsk. Występowanie ww. środka transportu pozwala na sprawne przemieszczanie niedużych grup żołnierzy na duże dystanse bez czego wykonywanie określonych zadań przez Siły Zbrojne jest utrudnione.

Przykładem zadań przy realizacji których udział mają wymienione pojazdy są:

- 1) zabezpieczenie wykonywania zadań w trakcie pełnienia bieżącej służby przez Siły Zbrojne RP, w tym w zakresie utrzymania sprawności organizacyjnej i zdolności bojowej;
- 2) zabezpieczenie działań w razie powodzi, pożarów, innych klęsk żywiołowych, czy epidemii poprzez niesienie pomocy i wsparcie ludności cywilnej oraz ratowanie i ochronę zdrowia i życia ludzkiego;
- 3) zabezpieczenia działania Polskich Kontyngentów Wojskowych realizujących zadania poza granicami Państwa w ramach struktur Organizacji Narodów Zjednoczonych i Traktatu Północnoatlantyckiego;
- 4) wsparcie organów ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego przez Żandarmerię Wojskową i Regulację Ruchu;
- 5) wzmocnienie ochrony wschodniej granicy państwa;
- 6) zabezpieczenie pobytu wojsk sojuszniczych stacjonujących i realizujących zadania na terenie kraju.

Przeprowadzenie przez Zamawiającego Postępowania (dostawa samochodów ogólnego przeznaczenia – mikrobus na potrzeby Sił Zbrojnych RP) służby realizacji wskazanego wyżej celu publicznego, poprzez dostarczenie środków transportowych koniecznych do zapewnienia sprawnej i właściwej realizacji interesu publicznego i tym samym stanowi działanie pożądané z punktu widzenia tego interesu.

Zamawiający przeprowadził szeroki wywód dotyczący klauzuli interesu publicznego.

Zamawiający wskazał, że pozyskiwanie nowego sprzętu do Sił Zbrojnych RP planowane jest w ramach Planu Modernizacji Technicznej (dalej PMT). Ilości sprzętu planowane do zakupu mają zabezpieczyć proces wymiany sprzętu w z wykorzystaną normą docelowej eksploatacji, dla którego utrzymanie poprawnego stanu technicznego wraz ze wzrostem wieku pojazdu staje się coraz kosztowniejsze. W tym miejscu należy wskazać, że PMT to ramowy plan wieloletniej modernizacji Sił Zbrojnych RP, a tym samym dostosowania ich do sprostania współczesnym zagrożeniom.

Zamawiający podkreślił, że brak wymiany użytkowanego już sprzętu na nowy, może generować dodatkowe koszty lub nawet prowadzić do braku ukończenia wybranych jednostek wojskowych w samochody ogólnego przeznaczenia – mikrobus, co może utrudniać realizację zadań Jednostek Wojskowych, czyli realizację celu publicznego. Dodatkowo, należy mieć na uwadze ciągły rozwój Sił Zbrojnych RP. Obecnie trwa proces formowania 1 Dywizji Piechoty Legionów, a wiele jednostek powiększa swoje struktury. Bez ukończenia wspomnianych jednostek w pojazdy, nie będzie możliwe terminowe ich sformowanie, a tym bardziej realizacja zadań zgodnie z ich przeznaczeniem.

Ponadto wskazać należy, że ramach Postępowania Zamawiający dysponuje odpowiednimi środkami finansowymi na udzielenie zamówienia publicznego wybranemu Wykonawcy – MODESTO I.Ś., M. Ś. SPÓŁKA KOMANDYTOWO – AKCYJNA. Na sfinansowanie oferty kolejnych wykonawców (w tym oferty Odwołującego) Zamawiający nie posiada w chwili obecnej wystarczających środków finansowych i nie ma wiedzy, czy oraz ewentualnie kiedy takie środki mógłby otrzymać. Tym samym w chwili obecnej jedynie zawarcie umowy z wykonawcą wybranym w dniu 21 marca 2024 r. (Modesto) na pewno zagwarantuje sukcesywne dostawy sprzętu (mikrobusów), niezbędnych do ukończenia zarówno istniejących, jak i formowanych jednostek Wojska Polskiego w sprzęt niezbędny do zapewnienia prawidłowej realizacji zadań przed nimi postawionymi. Jest to szczególnie istotne w kontekście aktualnej sytuacji geopolitycznej w jakiej znajduje się RP – toczące się działania hybrydowe ze strony Federacji Rosyjskiej czy też wojna na Ukrainie, która pokazała, jak ważne jest zapewnienie Siłom Zbrojnym RP odpowiedniej ilości źródeł transportu.

Przesłanka wniesienia odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy

W ocenie Zamawiającego przesłanka określona w art. 578 ust. 2 pkt 2 PZP winna być rozpatrywana przez pryzmat przepisu zawartego w art. 5 Kodeksu cywilnego.

Wiążąc przytoczony przepis z brzmieniem art. 578 ust. 2 pkt 2 PZP należy uznać, że podmiot wnoszący takie odwołanie działa w złej wierze. Jego celem jest chęć sparaliżowania działalności Zamawiającego. Sposób i cel działania Odwołującego wynika z następujących względów.

Odwołanie dotyczy dokładnie tej samej czynności zamawiającego (zarówno co do momentu jej podjęcia na osi czasu oraz podstaw na jakich została podjęta - treść SWZ postępowania D/227/2023) tj. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (Modesto) dokonanej w dniu 21 marca 2024 r., która już była przedmiotem badania KIO w ramach postępowania prowadzonego pod sygnaturą KIO 1075/23. Zgodnie z dyspozycją art. 515 PZP, termin do wniesienia odwołania na tą czynność upłynął w ciągu 10 dni do ww. daty, tym samym należy przyjąć, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw aby przyjąć za uzasadnione i oparte na podstawie prawnej stanowisko Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu, polegające na przyjęciu, że termin na wniesienie odwołania w przedmiotowej sprawie otworzył się w dniu 16 kwietnia 2024 r., gdy Modest w sprawie KIO 1075/24 złożyło pismo procesowe wskazujące na określone okoliczności. Należy podnieść, że jak wskazał w treści odwołania sam Odwołujący ww. pismo procesowe zostało złożone „w sprawie KIO 1075/24” co oznacza, że zostało złożone w ramach tego postępowania i na jego potrzeby, a okoliczności w nim podniesione stanowiły podstawę rozstrzygnięcia w tej sprawie (pismo znajduje się w aktach postępowania a jego treść współtworzy stan faktyczny prawny istniejący w momencie wydawania orzeczenia w sprawie KIO 1075/24).

Zdaniem Zamawiającego z powyższego wynika jednocześnie, że moment na wchodzenie przez Odwołującego w merytoryczną polemikę z treścią ww. pisma procesowego, w szczególności w zakresie okoliczności tam podniesionych, istniał wyłącznie w ramach postępowania prowadzonego pod sygnaturą KIO 1075/24. Innymi słowy należy przyjąć, że wszystkie zarzuty podnoszone w odwołaniu jako dotyczące treści ww. pisma procesowego w istocie mogły być podniesione najpóźniej na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2024 r. wyznaczonej do rozpoznania sprawy pod sygnaturą KIO 1075/24, tym bardziej, że stanowią one co do treści dokładną kopię zarzutów zawartych w odwołaniu złożonym w sprawie KIO 1075/24. Z powyższego wynika również jednoznacznie, że okoliczności zawarte w piśmie procesowym Modesto z dnia 16 kwietnia 2024 r. były przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie KIO 1075/24.

W ocenie Zamawiającego brak jest podstaw, by w postępowaniu o udzielenie zabezpieczenia w postępowaniu wywołanym złożeniem skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej orzekać na podstawie przepisów innych niż dotyczące postępowania apelacyjnego, co wprost wynika z brzmienia art. 579 PZP.

Skoro PZP nie przewiduje wstrzymania procedury przetargowej do czasu rozpoznania przez Sąd wniosku o zabezpieczenie w postaci zakazu zawarcia umowy do czasu zakończenia postępowania skargowego, to dopuszczenie do sytuacji, w której poprzez inne działania Odwołującego dochodzi do paraliżu działań Zamawiającego, musi zostać uznane za

niedopuszczalne jako próba obejścia prawa i naruszenie praw podmiotowych. Innymi słowy, zabezpieczenie interesów Odwołującego nie może być realizowane poprzez wnoszenie oczywiście bezzasadnych odwołań, mających na celu wydłużanie procedury przetargowej.

Niezależnie do powyższego, w ocenie Zamawiającego okoliczności, na które powołuje się Odwołujący nie można uznać za "nowe okoliczności" stanowiące podstawę wniesienia odwołania. Jak wskazano powyżej, Odwołujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wniósł dwa odwołania. Pierwsze z nich zostało wniesione w ustawowym terminie i prowadzone przez KIO pod sygn. akt KIO 1075/24. Drugie, spóźnione, nie zostało do tej pory zarejestrowane.

Zamawiający wskazał, że analiza zarzutów podniesionych w najnowszym odwołaniu z dnia 23 kwietnia 2024 r., prowadzi do uznania, że stanowiły one *de facto* przedmiot sprawy prowadzonej pod sygn. KIO 1075/24. Zarzuty postawione Zamawiającemu w odwołaniu z dnia 02 kwietnia 2024 r. (KIO 1075/24) są tożsame z zarzutami przywołanymi w rozpoznawanym w niniejszej sprawie odwołaniu (niezgodności oferty MODESTO z warunkami zamówienia). W ocenie Zamawiającego, modyfikacji uległa wyłącznie argumentacja Odwołującego dotycząca tych samych okoliczności i dowodów, a także zostały przedstawione nowe dowody w postaci pisma procesowego MODESTO z dnia 16 kwietnia 2024 r. oraz protokołu z przebiegu rozprawy. Okoliczność, że Odwołujący uzyskał nowy dowód na ewentualne potwierdzenie swoich argumentów nie może stanowić podstawy do ominięcia przepisu art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP i ustalenia terminu do wniesienia odwołania w myśl art. 515 ust. 3 pkt 1 PZP.

Odwołanie z 23 kwietnia 2024 r. oparte jest na tych samych podstawach prawnych i faktycznych, a przez to niedopuszczalne, gdyż zachodzi w tej sprawie powaga rzeczy osądzonej, a ponadto wniesione zostało po terminie określonym w art. 515 PZP oraz narusza zasadę koncentracji środków ochrony prawnej.

W ocenie Zamawiającego z powyższego wynika, że odwołanie wniesione w dniu 23 kwietnia 2024 r. przez MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. zostało wniesione wyłącznie w tym celu, aby uniemożliwić Zamawiającemu zawarcie umowy z MODESTO.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Do rozpoznania przedmiotowego wniosku zastosowanie znajdują przepisy art. 577 – 578 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych - dalej „ustawa Pzp”.

Instytucja uchylecia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem, 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), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział

w postępowaniu, z drugiej strony także interes zamawiającego poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zaskarżonym zakresie.

Przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy zostały sformułowane bardzo rygorystycznie i powinny być wykładane w sposób wąski i z zachowaniem ostrożności przy ustalaniu możliwości ich zastosowania w danym stanie faktycznym. Ewentualne uchylenie tego zakazu powinno następować w sytuacjach wyjątkowych, o szczególnym znaczeniu.

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 wskazał, 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. Przywołana norma wymaga ustalenia, czy brak udzielenia zamówienia przed rozpoznaniem przez Izbę odwołania spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Punktem wyjścia jest więc ocena szkodliwości zwłoki w zawarciu umowy dla interesu publicznego.

Zamawiający w złożonym wniosku bardzo szeroko opisał zadania, które obowiązany jest realizować. Z kolei jako argumentację przemawiającą za zasadnością wniosku Zamawiający wskazał: *„brak wymiany użytkowanego już sprzętu na nowy, może generować dodatkowe koszty lub nawet prowadzić do braku ukończenia wybranych jednostek wojskowych w samochody ogólnego przeznaczenia – mikrobus, co może utrudniać realizację zadań Jednostek Wojskowych, czyli realizację celu publicznego. Dodatkowo, należy mieć na uwadze ciągły rozwój Sił Zbrojnych RP. Obecnie trwa proces formowania 1 Dywizji Piechoty Legionów, a wiele jednostek powiększa swoje struktury. Bez ukończenia wspomnianych jednostek w pojazdy, nie będzie możliwe terminowe ich sformowanie, a tym bardziej realizacja zadań zgodnie z ich przeznaczeniem.”* Zamawiający przedstawia zdarzenia przyszłe i niepewne, co do których sam nie jest całkowicie przekonany. Zamawiający opiera swój wniosek jedynie na hipotetycznej możliwości wystąpienia ww. okoliczności.

Przedstawione we wniosku twierdzenia należy zatem uznać za gołosłowne, nieoparte jakimkolwiek materiałem dowodowym.

Izba nie neguje konieczności pozyskania nowego sprzętu do Sił Zbrojnych RP, wręcz przeciwnie w pełni zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Jest to jednak okoliczność niewystarczająca do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Zamawiający winien wykazać jakie 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 może wywołać zwłoka w zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Istotność nabycia nowego sprzętu nie może być rozstrzygające dla oceny przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Niejako na marginesie, Zamawiający nie starał się uprawdopodobnić, że z odpowiednim wyprzedzeniem wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia aby właśnie nie dopuścić do sytuacji braku ukompletowania wybranych jednostek wojskowych w samochody ogólnego przeznaczenia – mikrobus.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał konsekwencje ewentualnego uwzględnienia odwołania, a mianowicie: *„dysponuje odpowiednimi środkami finansowymi na udzielenie zamówienia publicznego wybranemu Wykonawcy (...) Na sfinansowanie oferty kolejnych wykonawców (w tym oferty Odwołującego) Zamawiający nie posiada w chwili obecnej wystarczających środków finansowych i nie ma wiedzy, czy oraz ewentualnie kiedy takie środki mógłby otrzymać. Tym samym w chwili obecnej jedynie zawarcie umowy z wykonawcą wybranym w dniu 21 marca 2024 r. (Modesto) na pewno zagwarantuje sukcesywne dostawy sprzętu (mikrobusów) (...)”*. Po pierwsze Zamawiający nie wykazał, że nie ma żadnej możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Po drugie nie taki jest cel tego przepisu. Przewidywania co do rodzaju przyszłego rozstrzygnięcia odwołania nie mogą być rozstrzygające dla oceny przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Uzasadniając przesłankę wskazaną w art. 578 ust. 2 ust. 2) ustawy Pzp Zamawiający zwrócił uwagę, że *odwołanie z 23 kwietnia 2024 r. oparte jest na tych samych podstawach prawnych i faktycznych, a przez to niedopuszczalne, gdyż zachodzi w tej sprawie powaga rzeczy osądzonej, a ponadto wniesione zostało po terminie określonym w art. 515 PZP oraz narusza zasadę koncentracji środków ochrony prawnej. Z powyższego wynika, że odwołanie wniesione w dniu 23 kwietnia 2024 r. przez MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. zostało wniesione wyłącznie w tym celu, aby uniemożliwić Zamawiającemu zawarcie umowy*

z *MODESTO*". W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie uprawdopodobnił, aby odwołanie MAN Truck & Bus Polska Sp. z o.o. zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Celem wprowadzenia art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp było zapobieżenie sytuacjom, 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. Sytuacja taka nie zaszła w okolicznościach sprawy. Zamawiający odniósł się do zarzutów odwołania, co nie może być skuteczne. Rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania Izba nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu.

W ocenie Izby, Zamawiający w złożonym wniosku nie wykazał wystąpienia przesłanek, o których mowa w przywołanym przepisie, a które uzasadniałyby uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie 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.

Przewodnicząca: