

Sygn. akt: KIO/W 80/21

POSTANOWIENIE
z dnia 26 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie : Andrzej Niwicki
Anna Osiecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 26 sierpnia 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 20 sierpnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego:

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A.

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn:

„Rozbiórka obiektów budowlanych Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla na terenie SRK S.A. w Bytomiu, Oddział w Zabrze KWK „Makoszowy”

postanawia:

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

Uzasadnienie

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Rozbiórka obiektów budowlanych Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla na terenie SRK S.A. w Bytomiu, Oddział w Zabrze KWK „Makoszowy”.

20 sierpnia 2021 roku Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadniając złożony wniosek, Zamawiający wyjaśnił, że 27 lipca 2021 r. Odwołujący zaskarżył czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania (na podstawie art. 111 pkt 4 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 111 pkt 5 i 6 PZP) i odrzuceniu jego oferty (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a PZP).

6 sierpnia 2021 r., w sprawie o sygn. KIO 1568/21, Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na inne czynności Zamawiającego w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nakazała Zamawiającemu unieważnić wskazane w orzeczeniu czynności oraz nakazała Zamawiającemu kontynuowanie postępowania na podstawie art. 275 pkt 2 PZP.

Wobec powyższego, w obecnym stanie sprawy Zamawiający uznał, że jest zobligowany do kontynuowania postępowania na podstawie art. 275 pkt 2 PZP, a więc do przeprowadzenia negocjacji w celu ulepszenia treści ofert, w sposób przewidziany w SWZ. Zamawiający wskazał, że zaprosi zatem do negocjacji pięciu wykonawców, którzy złożyli najwyżej ocenione oferty (wedle kryterium ceny), a następnie faktycznie zostaną one przeprowadzone.

Zdaniem Zamawiającego dla oceny celowości wniesienia przez Odwołującego odwołania z dnia 27 lipca 2021 r. pod kątem rzeczywistej możliwości uzyskania zamówienia, zasadnicze znaczenie ma fakt, iż oferta Odwołującego (nr 5) po otwarciu ofert została oceniona najniżej (gdyż zaferował najwyższą cenę, a oferta nr 1 podlegała odrzuceniu). W konsekwencji oferta Odwołującego została sklasyfikowana na ostatniej, 18 pozycji.

Dla Zamawiającego oczywisty jest fakt, że skoro Zamawiający zobligowany jest do przeprowadzenia negocjacji z pięcioma oferentami, którzy zaferowali najwyżej sklasyfikowane oferty, to Odwołujący nie ma szans na uzyskanie zamówienia.

W opinii Zamawiającego z powyższych okoliczności wynika, że nawet w razie pozytywnego dla Odwołującego rozpoznania jego odwołania z dnia 27 lipca 2021 r, nie ma on szans na uzyskanie zamówienia. Dlatego Zamawiający przyjął, że odwołanie wniesione zostało wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, a nie w celu faktycznego uzyskania zamówienia. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że w piątce najwyżej sklasyfikowanych w niniejszym postępowaniu ofert, znalazła się oferta W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe W. C., a więc podmiotu, którego oferta także została wykluczona z postępowania, z uwagi na opisane w zawiadomieniu z dnia 20 lipca 2021 r. okoliczności, a to zawarcie przez Odwołującego z tym wykonawcą niedozwolonego porozumienia zakłócającego konkurencję.

Zamawiający dodał, że zgodnie z art. 578 ust. 2 pkt 2 PZP konieczne jest jedynie, uprawdopodobnienie, a nie udowodnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Zamawiający wskazał również, 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. Zamawiający wyjaśnił, że jest jednoosobową spółką Skarbu Państwa, funkcjonującą na podstawie ustawy z dnia 7 września 2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego, a jej ustawowym celem jest prowadzenie likwidacji kopalni. Przeprowadzenie likwidacji w sposób zgodny z założeniami przyjętymi w obowiązujących u Zamawiającego planach likwidacji pozostaje w zgodzie z interesem publicznym. Interes publiczny wymaga by nieczynne kopalnie likwidowane były w sposób zaplanowany i jak najszybszy. Opóźnienie w przystąpieniu do realizacji poszczególnych robót, w tym objętych niniejszym postępowaniem, wpłynie na niemożność przystąpienia do dalszych robót, w konsekwencji wpływając na proces likwidacji KWK „Makoszowy”. Natomiast ewentualne zawarcie umowy przed zakończeniem postępowania odwoławczego nie wywoła dla Odwołującego żadnego uszczerbku, bowiem nie ma on realnych szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku Zamawiających, Izba uznała, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki uzasadniające uchylenie zakazu zawarcia umowy. Uchylenie zakazu zawarcia umowy stanowi instytucję o wyjątkowym charakterze, dlatego konieczne jest wykazanie zaistnienia powyższych przesłanek.

Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałyby inne interesy. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnego argumentu.

W uzasadnieniu wniosku w odniesieniu do pierwszej z przesłanek opisanych w art. 578 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zaprezentował jedynie okoliczności związane z przedstawieniem swojej jednostki oraz roli Zamawiającego wynikającej z przywołanej w uzasadnieniu ustawy. W treści wniosku nie przedstawiono natomiast żadnego uzasadnienia, które rzeczywiście wyjaśniałoby dlaczego negatywne skutki dla interesu

publicznego miałyby przewyższać korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w tym interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Zamawiający nie uprawdopodobnił również wystąpienia drugiej z przesłanek, wymienionych w ww. artykule. Nie uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Przesłanka opisana w artykule 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do czynności „wniesienia odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy”. Oznacza to, że wyłącznym celem Wykonawcy wnoszącego odwołanie powinno być uniemożliwienie udzielenia zamówienia. W niniejszym postępowaniu ta okoliczność nie jest oczywista. Przedmiotem zaskarżenia jest czynność Zamawiającego, która łączy się z sytuacją Wykonawcy dotyczącą wykluczenia go z postępowań na dłuższy czas.

Ponadto w treści uzasadnienia Zamawiający wyjaśnił, że został zobowiązany do przeprowadzenia negocjacji. Z treści przedstawionego przez Zamawiającego dowodu w postaci wyroku Izby z 6 sierpnia 2021 roku o sygnaturze akt KIO 1568/21 wynika, że Zamawiający został zobowiązany m.in. do unieważnienia czynności wskazanych w piśmie z 18 maja 2021 roku polegających na wskazaniu wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, odrzuceniu ofert wskazanych w pkt 2 tego pisma, zakwalifikowaniu wszystkich wykonawców, których oferty nie polegają odrzuceniu do negocjacji, co oznacza, że Zamawiający ponownie jest zobowiązany do ustalenia rankingu w postępowaniu.

W treści wskazanego wyroku Izba zobowiązała Zamawiającego do kontynuowania postępowania na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc do przeprowadzenia przewidzianych w SWZ negocjacji. Powyższe okoliczności wskazują, że nawet na tę chwilę Zamawiający nie określił, którzy Wykonawcy ostatecznie zostaną zakwalifikowani do negocjacji. Zamawiający nie dokonał także wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawca nie ma ostatecznej informacji co do pozycji jego oferty w postępowaniu. W takiej sytuacji, biorąc pod uwagę zarówno szczególną sytuację Wykonawcy (o której powyżej), jak również fakt, że postępowanie jest w toku, co oznacza, że sytuacja Wykonawców w postępowaniu podlegać może zmianom, nie można uznać, aby odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wszystkie ww. okoliczności nie można stwierdzić, że rzeczywiście wyłącznym celem wniesienia odwołania przez Wykonawcę było uniemożliwienie zawarcie umowy przez Zamawiającego.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....

.....