

POSTANOWIENIE
z dnia 14 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 czerwca 2022 r., w Warszawie, wniosku z dnia 9 czerwca 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Gminę Mińsk Mazowiecki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę chodników na terenie Gminy Mińsk Mazowiecki”

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

U z a s a d n i e n i e

9 czerwca 2022 r. Zamawiający – Gmina Mińsk Mazowiecki złożył wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na „budowę chodników na terenie Gminy Mińsk Mazowiecki”, ogłoszonym 25 marca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00099408, przed rozstrzygnięciem odwołania wniesionego 7 czerwca 2022 r. przez wykonawcę R.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KOSTEX R.C. (sygn. akt KIO 1534/22).

Zamawiający, w oparciu o art. 578 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że o wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomił wykonawców za pomocą poczty elektronicznej 31 maja 2022 r., co potwierdza Odwołujący. Termin ustawowy na wniesienie odwołania na czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu upłynął więc 6 czerwca 2022 r. Odwołujący wniósł odwołanie po upływie terminu do jego wniesienia tj. 7 czerwca 2022 r. W przypadku

rozpatrywania przedmiotowego odwołania przez Izbę Zamawiający będzie wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że wstrzymanie podpisania umowy z wybranym wykonawcą spowoduje duże opóźnienia w realizacji zamówienia. Gmina realizuje zadania publiczne o charakterze i zasięgu lokalnym. Jednym z nich jest budowa chodników, która ma na celu m.in. zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty. Konieczność wszczęcia po raz drugi przedmiotowego postępowania, odsunięcie w czasie realizacji zamówienia przy ciągłym wzroście cen materiałów i robocizny niewątpliwie spowoduje ograniczenie realizacji zadania, a nawet może je uniemożliwić, biorąc pod uwagę sezonowość prac w tym zakresie. Odwołujący w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu podejmuje czynności, które mają na celu podważenie możliwości wyboru wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający już 3 dni po dacie składania ofert otrzymał od Odwołującego pismo wskazujące powody do odrzucenia oferty wykonawcy, która została ostatecznie wybrana. Zamawiający może więc domniemywać, iż podstawowym celem działań Odwołującego jest nie tyle podważenie decyzji podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego, co wyeliminowanie wybranego wykonawcy jako konkurencji Odwołującego, choćby przez fakt skutecznego uniemożliwienia zawarcia umowy z Zamawiającym.

Po zapoznaniu się z przedmiotowym wnioskiem Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Institucja uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego do chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę (art. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, a z drugiej strony także interes zamawiającego (w tym finanse publiczne) poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kwestionowanym zakresie – skoro już na tym etapie pojawiły się wątpliwości co do poprawności działania zamawiającego, które może potencjalnie doprowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu i tym samym spowodować negatywne konsekwencje dla interesu publicznego i finansów publicznych. Jako wyjątek od reguły możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przewidziana w art. 578 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega więc stosowaniu zgodnie z zasadami przewidzianymi dla wyjątków, czyli ściśle i z zachowaniem ostrożności przy ustalaniu możliwości ich zastosowania w danym stanie faktycznym, musi też być należycie uzasadniona.

Przepis art. 578 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że 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.

Konieczne jest zatem wykazanie, że niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony interesów, o których mowa w punkcie 1. lub wykazanie (co najmniej uprawdopodobnienie), że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy – co powinien zrobić dany zamawiający wnoszący o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego przedstawioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz zarzuty odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiający w niniejszym przypadku nie wykazał, iż niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie powodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony interesów wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia ani nie wykazał, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że okres prowadzenia postępowania odwoławczego przez Izbę jest na tyle krótki, że – w przypadku gdy stanowisko Zamawiającego o poprawności wybranej oferty jest słuszne – pozwoli Zamawiającemu na realizację zamierzonego zadania. Natomiast okoliczności opisane przez Zamawiającego w uzasadnieniu wniosku (konieczność powtórzenia postępowania o udzielenie zamówienia i spowodowane tym opóźnienie lub uniemożliwienie inwestycji) odnoszą się w rzeczywistości do sytuacji, gdy wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany nieprawidłowo – a tym samym zarzuty odwołania są słuszne.

Zamawiający, wszczynając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 25 marca 2022 r., powinien był wziąć pod uwagę prawdopodobny możliwy termin zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, w tym okres na wnoszenie i rozpatrywanie odwołań. Należy zauważyć, że w postępowaniach odwołania najczęściej wnoszone są dwukrotnie – na etapie opublikowania specyfikacji warunków zamówienia w związku z jej postanowieniami oraz na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem owe potencjalne

dwukrotne odwołania zamawiający powinien uwzględniać w terminarzu danego postępowania. Kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej w drodze odwołania nie jest okolicznością nieprzewidywalną i następującą niespodziewanie, podobnie jak wzrost cen na rynku budowlanym i najlepszy sezon na wykonywanie robót budowlanych, zatem nie ma podstaw, by okolicznością tą obciążać wykonawcę wnoszącego odwołanie poprzez pozbawienie go możliwości realnej kontroli poprawności postępowania, a nie dopiero *post factum*, po zawarciu umowy.

Co do kwestii uprawdopodobnienia, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy, należy zauważyć, że wniesienie odwołania, czy też wcześniejszego poinformowania Zamawiającego o okolicznościach, które, w ocenie konkurującego wykonawcy, stanowią wady oferty uniemożliwiającej jej wybór, jak też o wadliwych działaniach i zaniechaniach Zamawiającego, nie może być pochytywane wyłącznie jako chęć uniemożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy z innym wykonawcą (opóźnienia tego zawarcia). Oczywiście w przepisie art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych tym chodzi o umowę, która zostałaby zawarta prawidłowo.

Także uzasadnienie złożonego wniosku Zamawiający opart jedynie na stwierdzeniach dotyczących opóźnienia realizacji zadania i potrzebie zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty w postaci budowy chodników oraz ciągłym wzroście cen materiałów i robocizny oraz sezonowości prac w tym zakresie.

Oczywiste jest, że – podobnie jak większość zamówień publicznych – także i to zamówienie ma zostać zrealizowane dla osiągnięcia jakiegoś celu publicznego. Jednak samo stwierdzenie takie nie oznacza jeszcze, że wniosek został należycie uzasadniony w świetle przesłanek przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza w zakresie ochrony interesu wykonawcy wnoszącego odwołanie, który kwestionuje poprawność czynności Zamawiającego i który, poprzez uchylenie zakazu zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem odwołania, w istocie zostanie pozbawiony ochrony w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Co zaś do kwestii ewentualnych podstaw do odrzucenia odwołania lub jego zwrotu Odwołującemu, należy zauważyć, że okoliczności te zostaną ustalone dopiero w toku badania przez Prezesa Izby oraz ewentualnie skład orzekający Izby formalnej poprawności wniesionego odwołania, które to badanie wymaga szeregu czynności, w tym wezwania wykonawcy do uzupełnienia odwołania i obecnie jest jeszcze w toku.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności przedstawione w uzasadnieniu wniosku nie są wystarczającą podstawą uchylecia zakazu zawarcia umowy w rozumieniu art. 587 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem Izba postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 587 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: