

Sygn. akt: KIO/W 12/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 5 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 marca 2024 r. w Warszawie wniosku z dnia 29 lutego 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – **Agencję Rozwoju Pomorza S.A. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„usługę zaprojektowania i wykonania zabudowy stoiska wystawienniczego z wyposażeniem na Międzynarodowe Targi Inwestycyjne MIPIM 2024 w Cannes we Francji. Wewnętrzny identyfikator: ZP.28.2023.”*

postanawia:

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

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Rozwoju Pomorza S.A. z siedzibą w Gdańsku – złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„usługę zaprojektowania i wykonania zabudowy stoiska wystawienniczego z wyposażeniem na Międzynarodowe Targi Inwestycyjne MIPIM 2024 w Cannes we Francji. Wewnętrzny identyfikator: ZP.28.2023.”*

Izba ustaliła, że w dniu 22 lutego 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca GMSYNERGY sp. z o. o. spółka jawna z siedzibą w Rzgowiu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BERM sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz wobec przyznania ofercie Odwołującego nieprawidłowej punktacji w kryterium oceny ofert: "Doświadczenie Projektanta Stoiska – PK2". Odwołanie zostało zarejestrowane pod sygnaturą akt KIO 592/24.

Zamawiający pismem z dnia 29 lutego 2024 r., doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej tego samego dnia, na podstawie art. 578 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą pzp”, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wskazał, że nie zawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Podniósł, że zamówienie jest niezbędne w celu umożliwienia Zamawiającemu, przedstawicielom samorządu Województwa Pomorskiego i samorządów lokalnych udziału w Międzynarodowych Targach Inwestycyjnych MIPIM 2024, które odbędą się w dniach 12-15 marca 2024 r. Zamawiający argumentował, że niezwłoczne udzielenie zamówienia jest niezbędne, aby wykonawca był w stanie zrealizować umowę, czyli wykonać stoisko na targi. Wykonawca nie tylko musi zrealizować stoisko, ale również dowieźć je z Polski do Cannes, co wymaga podjęcia szeregu czasochłonnych czynności. Z uwagi na fakt, że do rozpoczęcia targów pozostały niecałe dwa tygodnie, możliwość wykonania umowy przez wykonawcę jest obecnie bardzo zagrożona. Jednocześnie realizacja interesu publicznego, wyrażającego się w umożliwieniu wybranemu wykonawcy realizacji umowy, przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony interesu Odwołującego. Odwołujący nie tylko wniósł odwołanie, które jest niezasadne, co Zamawiający wykazał w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący najprawdopodobniej nawet nie opłacił przedmiotowego odwołania, gdyż nie został do niego załączony dowód uiszczenia wpisu. Jest to brak nieusuwalny, gdyż wpisu nie można zapłacić po terminie na wniesienie odwołania. Sytuacja ta wyczerpuje również w ocenie

Zamawiającego kolejną przesłankę uchylenia zakazu zawarcia umowy. Zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Zamawiający wskazał, że Odwołujący wniósł odwołanie w godzinach wieczornych ostatniego dnia 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania. Zdaniem Zamawiającego, gdyby faktycznie sam chciał wykonać przedmiotowe zamówienie, wniósłby odwołanie w pierwszych dniach po otrzymaniu informacji o wyniku postępowania, gdyż chciałby zagwarantować sobie czas niezbędny do wykonania umowy. Tymczasem Odwołujący zdaje sobie sprawę, że zamówienia tego nie będzie realizował. Nie był bowiem nawet jeszcze wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a mimo tego czynność odwołania została przez niego dokonana w ostatniej chwili przed upływem terminu na jej dokonanie. W dodatku została ona dokonana z brakami, świadczącymi, iż celem odwołania nie jest skuteczne zaskarżenie czynności Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz przepis art. 578 ust. 2 ustawy pzp uznała, iż wniosek nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 577 ustawy pzp „w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.” Zamawiający może jednak złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 (art. 578 ust. 1 ustawy pzp).

W myśl art. 578 ust. 2 ustawy pzp Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

- 1) nie zawarcie 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 29 lutego 2024 r. odnosił się do obu przesłanek wskazanych w art. 578 ust. 2 ustawy pzp.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją o charakterze nadzwyczajnym, stanowiącą wyjątek od zasady, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Wnosząc zatem o odstąpienie od powyższej zasady

Zamawiający powinien szczegółowo wykazać wystąpienie przesłanek z art. 578 ust. 2 pkt 1 lub 2 ustawy pzp.

Rozpoznając wniosek złożony w niniejszym postępowaniu, 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.

Odnosząc się do przesłanek z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp Zamawiający powinien jednoznacznie określić jakie negatywne skutki dla interesu publicznego spowoduje nie zawarcie umowy, a po drugie wykazać, że negatywne skutki nie zawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Ponadto, uzasadnienie uchylenia zakazu zawarcia umowy musi w sposób nie budzący wątpliwości wskazywać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania, a także że Zamawiający nie może zapobiec wystąpieniu negatywnych skutków dla interesu publicznego w inny sposób.

Zauważenia wymaga, że ustawa pzp nie zawiera definicji interesu publicznego. Jest to klauzula generalna, której wyjaśnienie nie znajduje się bezpośrednio w Konstytucji, niemniej jednak jest w niej zakotwiczone. Doktryna jak również orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego odwołuje się do art. 31 ust. 3 Konstytucji RP akcentując, że pojęcie interesu publicznego obejmuje przede wszystkim wartości wynikające z dyspozycji powyższego przepisu tj.: bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochronę środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 kwietnia 2000 r., sygn. akt: K 8/98: *„Cel (interes) publiczny należy rozumieć wyłącznie jako dobro ogółu, tzn. całego społeczeństwa lub społeczności regionalnej (por. K. 18/95, op.cit., s. 20; T. Dybowski, Własność..., op.cit., s. 326). Wzbogacenie tylko niektórych członków społeczności lokalnej kosztem wspólnoty stanowi raczej przykład naruszenia zasady sprawiedliwości społecznej, aniżeli realizacji dobra ogółu.”* W zamówieniach publicznych interes publiczny będą więc stanowiły korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Co istotne, interesu publicznego nie należy jednak utożsamiać z interesem zamawiającego.

Z przedstawionego przez Zamawiającego stanu sprawy, nie wynika, aby nie zawarcie 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.

Podkreślić należy, że wnosząc o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Zamawiający musi wskazać konkretne, obiektywne okoliczności przemawiające za uchyleniem tego zakazu. Izba zauważa, że uzasadnienie wniosku jest lakoniczne i odnosi się wyłącznie do potrzeby niezwłocznego udzielenia zamówienia, które w przypadku nie zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą najprawdopodobniej nie zostanie zrealizowane. Zbliżający się termin realizacji zamówienia nie jest jednak okolicznością wystarczającą dla uznania uchylenia zakazu zawarcia umowy za uzasadnione. Zamawiający nie wyjaśnił we wniosku w jakiej wartości upatruje interesu publicznego, który zasługuje na ochronę w sposób przewyższający prawo Odwołującego do wniesienia odwołania. Zamawiający wskazał wyłącznie, że celem zamówienia jest udział Zamawiającego oraz przedstawicieli Województwa Pomorskiego i samorządów lokalnych w Międzynarodowych Targach Inwestycyjnych MIPIM 2024, które odbędą się w dniach 12-15 marca 2024 r. Zamawiający nie sprecyzował jednak jakie negatywne skutki i zagrożenia dla interesu publicznego spowoduje nieosiągnięcie tego celu. Okoliczności, które Zamawiający przytacza dotyczą wyłącznie interesu Zamawiającego, który ewentualnie poniesie negatywne skutki wynikające z braku udziału w Targach, przy czym Zamawiający nie sprecyzował jakie to będą konsekwencje. Dalej, Zamawiający powołuje się na brak możliwości realizacji umowy przez wybranego Wykonawcę w krótkim terminie i stwierdza: *„Jednocześnie realizacja interesu publicznego, wyrażającego się w umożliwieniu wybranemu wykonawcy realizacji umowy, przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony interesu Odwołującego.”* Z powyższego wynika, że Zamawiający niezasadnie uznaje prymat prawa (interesu) Wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia nad prawem Odwołującego do zakwestionowania czynności Zamawiającego poprzez wniesienie odwołania. Niewątpliwie, okoliczności podnoszone przez Zamawiającego nie wypełniają przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, gdyż ewentualne negatywne skutki z nie zawarcia umowy dotyczą Zamawiającego i wybranego Wykonawcy, których interesów nie należy utożsamiać z interesem publicznym, o którym mowa w ww. przepisie.

Zdaniem Izby, Zamawiający nie uzasadnił także drugiej przesłanki umożliwiającej zastosowanie wyjątkowej instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. W tym zakresie Zamawiający podniósł, że w jego ocenie odwołanie jest niezasadne, zostało wniesione z brakami formalnymi, a Odwołujący mając świadomość, że nie zrealizuje zamówienia wniósł odwołanie dopiero ostatniego dnia, w którym upływał termin 10-dniowy. Zdaniem Zamawiającego wszystkie te okoliczności świadczą o dążeniu Wykonawcy do uniemożliwienia zawarcia umowy i realizacji w terminie zamówienia.

Odnosząc się do powyższego Izba za chybioną uznała argumentację Zamawiającego, która sprowadzała się do kwestionowania zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów. Podkreślić należy, że na etapie rozpatrywania wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba nie dokonuje merytorycznej oceny zarzutów odwołania. Przepis art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp odnosi się zatem wyłącznie do przypadków oczywistych, które nie wymagają szczegółowej analizy odwołania. Dalej Izba zauważa, że wniesienie środka ochrony prawnej w ustawowym terminie stanowi uprawnienie wykonawcy. Irrelewantna pozostaje więc okoliczność, iż Odwołujący wniósł odwołanie w ostatnim dniu, kiedy upływał termin na jego wniesienie. Zdaniem Izby, nie stanowią również uprawdopodobnienia, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy twierdzenia, że w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie zdąży zrealizować zamówienia. Izba zwraca uwagę, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania, kieruje jego przebiegiem i wszczynając procedurę jest zobowiązany wziąć pod uwagę długość trwania postępowania, w tym możliwość wystąpienia zdarzeń, które wpływają na jego wydłużenie, jak chociażby ustawowe uprawnienie do skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej oraz termin rozpoznania odwołania przez Izbę, warunkujący możliwość zawarcia umowy. W ocenie Izby Zamawiający winien był zatem uwzględnić prawdopodobieństwo wniesienia odwołania zarówno na etapie ogłoszenia postępowania jak i na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert. Zamawiający we wniosku nie przedstawił jakichkolwiek argumentów, które wskazywałyby, że brak możliwości zawarcia umowy z wybranym wykonawcą w terminie umożliwiającym realizację zamówienia nastąpił z przyczyn obiektywnych, niezależnych od Zamawiającego, a on sam podjął właściwe działania, aby zapobiec ryzyku związanemu z niepodpisaniem umowy na realizację zamówienia w założonym terminie. Zamawiający powinien mieć na względzie, że Wykonawca jest uprawniony wnieść środek ochrony prawnej w ustawowym, 10-dniowym terminie. Niezasadne są także twierdzenia Zamawiającego, że przejawem dążenia do przedłużenia postępowania jest okoliczność, że odwołanie zostało wniesione z brakami formalnymi. Wbrew stanowisku Zamawiającego, braki formalne odwołania, w tym dowód uiszczenia wpisu od odwołania w ustawowym terminie stanowi brak podlegający uzupełnieniu. Izba ustaliła, że Odwołujący wezwany na podstawie art. 518 ust. 1 ustawy pzp uzupełnił brak formalny odwołania w postaci dowodu uiszczenia wpisu w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Co więcej, procedura uzupełnienia braku formalnego nie wpłynęła również na termin rozpoznania odwołania, który został wyznaczony na dzień 8 marca 2024 r., a więc w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby (art. 544 ust. 1 ustawy pzp). Termin na wniesienie odwołania, czy termin na jego rozpoznanie są to terminy ustawowe, które Zamawiający powinien uwzględnić planując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Działania Wykonawcy stanowią przejaw dążenia do ochrony jego interesów, których zdaniem Izby nie można ocenić jako

ukierunkowanych na nieuzasadnione przedłużenie postępowania, a bynajmniej takiego celowego działania Wykonawcy Zamawiający nie wykazał.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 3 i 4 ustawy pzp, uznając, że przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy pzp nie zostały spełnione, co skutkowało odmową uchylecia 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.

Przewodniczący: