

Sygn. akt: KIO/W 15/23

POSTANOWIENIE
z dnia 16 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 16 sierpnia 2023 r. w Warszawie wniosku z dnia 11 sierpnia 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego: **Miasto Ząbki w Ząbkach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę drogi dla rowerów oraz drogi dla pieszych i rowerów w ciągu ulic: Andersena Szwoleżerów — Stefczyka — Gajowa w Ząbkach, w ramach zadania inwestycyjnego współfinansowanego z EFRR RPO WM na lata 2014-2020 pn.: „Rozwój zintegrowanej sieci dróg rowerowych na terenie gmin: Marki, Ząbki, Zielonka, Kobyłka, Wołomin, Radzymin, Nieporęt w ramach ZIT WOF”. Część 1: odcinek od ul. Piłsudskiego do ul. Gajowej w Ząbkach; Część 2: odcinek od ul. Stefczyka do ronda przy ul. Sosnowej w Ząbkach; Część 3: odcinek od ul. Stefczyka do ul. Tulipanowej w Ząbkach

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy w części 3 zamówienia do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Ząbki w Ząbkach – pismem z dnia 11 sierpnia 2023 r., na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą P.z.p.”, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w części 3 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę drogi dla rowerów oraz drogi dla pieszych i rowerów w ciągu ulic: Andersena Szwoleżerów — Stefczyka — Gajowa w Ząbkach, w ramach zadania inwestycyjnego współfinansowanego z EFRR RPO WM na lata 2014-2020 pn.: „Rozwój zintegrowanej sieci dróg rowerowych na terenie gmin: Marki, Ząbki, Zielonka, Kobyłka, Wołomin, Radzymin, Nieporęt w ramach ZIT WOF”. Część 1: odcinek od ul. Piłsudskiego do ul. Gajowej w Ząbkach; Część 2: odcinek od ul. Stefczyka do ronda przy ul. Sosnowej w Ząbkach; Część 3: odcinek od ul. Stefczyka do ul. Tulipanowej w Ząbkach.

Zamawiający wskazał, że w dniu 9 sierpnia 2023 roku wykonawca ROKOM Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na następujące czynności i zaniechania zamawiającego niezgodne z przepisami ustawy P.z.p, których miał dopuścić się w postępowaniu:

1) czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania w częściach 1, 2 i 3 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., a w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.;

2) czynności polegającej na uznaniu, że przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. są bezzasadne i w żaden sposób nie uzasadniają podstawy do uznania, że odwołujący nie podlega wykluczenia z postępowania;

3) czynności polegającej na zaniechaniu przeznaczenia jakiegokolwiek kwoty na realizację zamówienia w części 1, 2 i 3 i upublicznienie informacji o kwocie przeznaczonej w wysokości 0,00 złotych;

4) czynności unieważnienia postępowania w zakresie częściach 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy P.zop.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 1 i 2,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3,
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia ofert odwołującego w zakresie części 1, 2 i 3,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 1, 2 i 3 z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uzasadniając ważny interes publiczny przemawiający za uwzględnieniem wniosku zamawiający wskazał, że jest jednostką samorządu terytorialnego, która zobowiązana jest realizować zadania publiczne. Zgodnie z art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz. U. z 2023 r. poz. 40) do zadań własnych gminy należy zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty. Stosownie do pkt 2 tego przepisu jednym z zadań własnych gminy są sprawy związane z gminnymi drogami, ulicami, mostami, placami oraz organizacją ruchu drogowego, a także — stosownie do pkt 5 — ochrona zdrowia. Działanie gminy związane z budową ścieżek rowerowych jest więc jej zadaniem własnym, podejmowanym w interesie społeczności gminnej, a z uwagi na realizację ścieżek w ramach projektu finansowanego ze środków Unii Europejskiej wraz z innymi gminami - mieszkańców znacznej części powiatu wołomińskiego.

Zgodnie z założeniami projektu „Rozwój zintegrowanej sieci dróg rowerowych na terenie gmin Marki, Ząbki, Zielonka, Kobyłka, Wołomin, Radzymin, Nieporęt w ramach ZIT WOF” zawartej pomiędzy Województwem Mazowieckim a Gminą Miasto Marki, w której partnerem jest zamawiający, realizowane ścieżki w ramach ww. projektu stanowią część sieci dróg rowerowych, która to sieć wykracza poza obszar gminy Ząbki. Niezrealizowanie ww. zadania publicznego przez Miasto Ząbki w całości lub części miałyby więc niekorzystne skutki dla

powstającej w powiecie wołomińskim sieci ścieżek rowerowych, przede wszystkim z uwagi na położenie Ząbek i odbywający się ruch z gmin Zielonka, Kobyłka, Wołomin i Radzymin w większości poprzez terytorium gminy w kierunku Warszawy, a także w kierunku przeciwnym. Jednakże w przypadku niewykonania ścieżek rowerowych zagrożony jest przede wszystkim interes mieszkańców Miasta Ząbki, to jest interes publiczny, z uwagi na brak na terenie gminy niektórych odcinków ścieżek rowerowych, co powoduje brak ich ciągłości w pasach drogowych, a w konsekwencji uniemożliwia dbałość o kondycję i zdrowie mieszkańców, stwarza niebezpieczeństwo w ruchu drogowym poprzez konieczność korzystania z ruchliwych ulic, hamuje rozwój inicjatyw obywatelskich realizowany np. w ramach budżetu obywatelskiego, czy też utrudnia codzienny ruch pojazdów mechanicznych. Przede wszystkim jednak cała inwestycja na terenie Miasta Ząbki została przewidziana jako rozbudowa układu komunikacyjnego, poprzez który mieszkańcy gminy oraz mieszkańcy gmin sąsiadujących będą dojeżdżali do pracy, korzystali z usług, itp., czemu służy przede wszystkim położenie ścieżek będących połączeniem drogi wojewódzkiej z drogą powiatową.

Oprócz skutku rzeczowego może zaistnieć negatywny skutek finansowy nie tylko dla gminy Ząbki, ale także dla innych gmin biorących udział w projekcie.

Zamówienie realizowane jest w związku zawarciem pomiędzy Województwem Mazowieckim a Miastem Marki umowy nr RPMA.04.03.02-14-9408/17 z dnia 29.06.2018 roku o dofinansowanie projektu „Rozwój zintegrowanej sieci dróg rowerowych na terenie gmin Marki, Ząbki, Zielonka, Kobyłka, Wołomin, Radzymin, Nieporęt w ramach ZIT WOF”, dalej „umowa o dofinansowanie”. Projekt realizowany jest w partnerstwie siedmiu gminy, którego Liderem jest Miasto Marki, a Miasto Ząbki jest partnerem projektu, podobnie jak gminy Zielonka, Kobyłka, Wołomin, Radzymin i Nieporęt.

Zgodnie z aneksem nr RPMA.04.03.02-14-9408/17-II z dnia 30 grudnia 2022 r. do ww. umowy zamawiający realizujący projekt w formule „zaprojektuj i wybuduj” zobowiązał się do przedłożenia kopii ostatecznych decyzji o pozwoleniu na budowę/ kopii zgłoszenia budowy lub zgłoszenia wykonania robót budowlanych do wykonanych ścieżek rowerowych do dnia 31.12.2022 r. Jednocześnie, zgodnie z wskazanym powyżej aneksem, jako termin realizacji projektu wskazano 31.10.2023 r., przy czym w terminie tym Miasto Ząbki zobowiązane jest przekazać ostateczny protokół odbioru, dokument OT przyjęcia składnika majątkowego (ścieżek)

oraz zapłacone faktury z tytułu wykonanych prac. Zgodnie z aneksem nr RPMA.04.03.02-14-9408/17-12 z dnia 21 kwietnia 2023 r. termin dostarczenia prawomocnych decyzji ustalono na dzień 31.05.2023 r. Zamawiający załączył dowody w postaci: umowy nr RPMA.04.03.02-14-9408/17 z dnia 29.06.2018 o dofinansowanie projektu „Rozwój zintegrowanej sieci dróg rowerowych na terenie gmin Marki, Ząbki, Zielonka, Kobyłka, Wołomin, Radzymin, Nieporęt w ramach ZIT WOF, aneks nr 1 – 12, pismo Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Projektów Unijnych z 14 lipca 2023 r., pismo Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Projektów Unijnych z 31 lipca 2023 r.

Zamawiający poinformował, że z uwagi na treść umowy o dofinansowanie, w związku z niezrealizowaniem sieci ścieżek rowerowych, istnieje ryzyko skierowania wniosku do ponownej oceny i utraty dofinansowania lub rozwiązania umowy nr RPMA.04.03.02-14-9408/17 z dnia 29.06.2018 r. o dofinansowanie projektu (oprócz gminy Ząbki projekt realizuje 6 gmin), co może wiązać się z utratą dofinansowania przez wszystkie gminy, nie tylko przez zamawiającego, a w konsekwencji obciążenie Miasta Ząbki wszystkimi kosztami poniesionymi w ramach partnerstwa przez Lidera oraz pozostałych Partnerów. Zamawiający wskazał na § 4 pkt IV umowy: Niewywiązywanie się z Umowy lub Porozumienia ust. 1 i 2 umowy w sprawie partnerskiej współpracy przy realizacji projektu pn. „Zintegrowana sieć ścieżek rowerowych na terenie gmin Marki, Ząbki, Zielonka, Kobyłka, Wołomin, Radzymin i Nieporęt w ramach ZIT WOF z dnia 21 maja 2018 r. „Partner projektu przyjmuje odpowiedzialność za każde swoje działanie lub zaniechanie, w wyniku których Partner wiodący poniósł szkodę, w szczególności finansową oraz Partner Projektu zobowiązuje się do pokrycia szkody, o której mowa w przedmiotowym zapisie. Partner przyjmuje odpowiedzialność za każde swoje działanie lub zaniechanie, w wyniku których Partner poniósł jakąkolwiek szkodę, w szczególności finansową, oraz Partner zobowiązuje się do pokrycia szkody, o której mowa w niniejszym ustępie”. Na dzień 21 kwietnia 2023 r. całkowita wartość projektu wynosi 95 677 832 02 zł.

Zgodnie z § 4 umowy o dofinansowanie:

1. Niezależnie od warunków przewidzianych w 8 ust. 3 i 4 Umowy dodatkowym warunkiem przekazania Beneficjentowi Dofinansowania na wydatki przewidziane w ramach realizacji projektu jest złożenie przez niego po podpisaniu Umowy następujących dokumentów:

1) Kopia ostatecznej decyzji administracyjnej o pozwoleniu na budowę, dotycząca danego wydatku realizowanego w ramach projektu, którego realizacja wymaga pozwolenia na budowę;

2) Dokument potwierdzający prawo do dysponowania gruntami lub obiektami na cele inwestycyjne, na terenie których realizowany ma być dany wydatek;

3) Kopia zgłoszenia robót budowlanych nie wymagających uzyskania pozwolenia na budowę.

2. Dokumenty, o których mowa w ust. 1 dotyczące wszystkich wydatków realizowanych w ramach projektu, powinny zostać złożone najpóźniej do dnia 31.05.2023 roku.

3. W przypadku niezłożenia przez Beneficjenta dokumentów, o których mowa w ust. 2 i terminie tam wskazanym, MJWPU może rozwiązać Umowę ze skutkiem natychmiastowym. W takim przypadku odpowiednie zastosowanie będzie miał 21 Umowy.

Zamawiający podniósł, że w wyniku otrzymanych zgód od Mazowieckiej Jednostki Wdrażania Projektów Unijnych termin przekazania prawomocnych pozwoleń na budowę upływa 31.08.2023 r., a termin realizacji inwestycji upływa 30.11.2023 r. Zmiana terminu realizacji inwestycji wynika jednakże z wniosku zamawiającego z dnia 14 lipca br. i wyrażonej zgody przez MJWPU w piśmie z 31 lipca 2023 r. (zgoda uzyskana po złożeniu przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu oraz ogłoszeniu przetargu).

Zamawiający wskazał na § 21 umowy o dofinansowanie, w którym ustalono sankcje za niedotrzymanie warunków Umowy:

Ust. 1: MJWPU może rozwiązać Umowę, zastosować korekty finansowe lub wstrzymać wypłatę Dofinansowania ze skutkiem natychmiastowym, o czym informuje Beneficjenta w formie pisemnej wraz z uzasadnieniem, jeżeli Beneficjent nie wywiązuje się z obowiązków nałożonych postanowieniami Umowy, w szczególności:

pkt 3 - przestał realizować Projekt lub realizuje go w sposób niezgodny z:

- a) Umową,
- b) przepisami prawa krajowego i unijnego,
- c) wytycznymi pkt 15 nie osiągnął lub nie utrzymał wskaźników produktu lub rezultatu, z zastrzeżeniem § 19 ust. 14-15; pkt 16 nie zrealizował lub nie utrzymał celów Projektu. I...]

Ust. 3: W przypadku rozwiązania Umowy, z powodów o których mowa w ust. 1, Beneficjent jest zobowiązany do zwrotu otrzymanego Dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, naliczanymi od dnia przekazania Dofinansowania do dnia zwrotu. Beneficjent dokonuje zwrotu w terminie i na rachunek bankowy wskazany przez MJWPU.

Zamawiający stwierdził, że w przypadku niewykonania umowy o dofinansowanie oraz niewykonania ciężących na zamawiającym obowiązków wynikających z tej umowy, gmina Ząbki może utracić zwrot kosztów niezrealizowanej części projektu dla wszystkich 3 odcinków, to jest dofinansowanie w wysokości do 4 997 016,58 zł (umowa o dofinansowanie przewiduje płatność na rzecz gminy w formie refundacji), co oznacza, iż gmina z własnych środków zobowiązana będzie do zapłaty kosztów, które pierwotnie były uznane za kwalifikowane. Dodatkowo realizacja zadania inwestycyjnego związana bezpośrednio z przeprowadzonym wykupem gruntów pod budowę ścieżki rowerowej za kwotę 620 000,00 zł. Kwota ta została rozliczona w ramach projektu i Miasto Ząbki otrzymało refundację poniesionych kosztów w wysokości 496 000,00 zł. W związku z powyższym otrzymana refundacja w wysokości 496 000,00 będzie podlegała zwrotowi wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych od dnia przekazania środków (wpływ środków na konto Miasta Ząbki 07.12.2020 r.). Wysokość odsetek liczonych od dnia otrzymania środków tj. 07.12.2020 r. do dnia odstąpienia od umowy tj. 25.05.2023 r. wynosi 142 359,00 zł.

Zamawiający wskazał, że istotnym interesem publicznym podlegającym ochronie, który w oczywisty sposób jest zagrożony w przypadku niezawarcia umowy, są środki publiczne. Gmina, jako jednostka sektora publicznego, zobowiązana jest wydatkować swoje środki zgodnie z zasadami wyrażonymi w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1270 z późn. zm.), a w szczególności regulami wyrażonymi w art. 44 tej ustawy. Gospodarność w dysponowaniu środkami publicznymi wyraża się w opisanym wyżej projekcie

oraz prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wydatkowanie środków publicznych zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, ale także poprzez pozyskanie środków zewnętrznych, w tym przypadku środków z Unii Europejskiej, w celu zapewnienia realizacji zadań własnych gminy. Utrata przez Miasto Ząbki dofinansowania w wysokości przedstawionej powyżej, a także możliwe roszczenie innych gmin w przypadku rozwiązania umowy o dofinansowanie będą miały niezwykle istotne znaczenie dla całego budżetu gminy Ząbki oraz finansowania innych, ustawowych jej zadań. Niezawarcie umowy, a w konsekwencji niewykonanie ścieżki rowerowej w zakresie części 3 zamówienia, może odnieść negatywny skutek w postaci rozwiązania całej umowy o dofinansowanie, dlatego też zamawiający podejmuje wszelkie działania, aby jak największa długość odcinków została wykonana w ramach projektu na obszarze Ząbek, co może zapobiec rozwiązaniu umowy o dofinansowanie. Bez względu jednak na powyższe — z uwagi na terminy przewidziane w projekcie oraz zakres prac niezawarcie umowy w możliwie najszybszym terminie może spowodować niewykonanie odcinka ścieżki rowerowej na odcinku od ul. Stefczyka do ul. Tulipanowej w Ząbkach, co wiązać się będzie, z utratą przez gminę dofinansowania. W opisanym stanie zachodzi realne ryzyko utraty środków finansowych przez zamawiającego.

Dodatkowo zamawiający wskazał, iż gmina Ząbki, w przypadku niezrealizowania choćby części sieci ścieżek rowerowych na swoim obszarze lub utraty choćby części dofinansowania, poniesie wymierną szkodę wizerunkową. Niewykonanie przynajmniej części ścieżek w projekcie finansowanym ze środków unijnych z udziałem innych, sąsiednich gmin może spowodować brak woli tych gmin do przystępowania z Miastem Ząbki do jakichkolwiek innych projektów, co spowoduje wykluczenie gminy z większości projektów unijnych oraz może spowodować nierówny stopień rozwoju gminy w stosunku do gmin sąsiednich. Brak wykonania ścieżek rowerowych to także utrata dotychczasowego dobrego imienia gminy, będącego liderem w powiecie wołomińskim w pozyskiwaniu środków unijnych oraz wizerunku u mieszkańców nie tylko Miasta Ząbki, lecz także mieszkańców gmin sąsiednich, jako gmina niebudząca zaufania i niezarządzająca prawidłowo środkami publicznymi.

Z powyższych okoliczności wynika, iż możliwy uszczerbek, jaki poniesie zamawiający jest znaczący większy niż 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, co wypełnia

przesłankę zawartą w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. uchylecia zakazu zawarcia umowy przez Izbę.

Zamawiający wskazał, iż w zakresie części 3 odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Przyjmując hipotetycznie, iż zasadny jest wniosek o unieważnienie czynności odrzucenia oferty w zakresie części 1, 2 i 3 i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w części 3 powstanie stan, w którym oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą. Odwołującego uplasowałaby się na trzeciej, to jest ostatniej pozycji pod względem punktów przyznanych w ramach kryteriów oceny ofert, o których mowa w dokumentach zamówienia. Oferta odwołującego nie była i nie będzie w żadnym wypadku ofertą wybraną przez zamawiającego i gmina nie zawarłaby z odwołującym umowy w zakresie realizacji części 3 zamówienia. Zamawiający podkreślił również, że przedstawione w odwołaniu żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia, stanowi kolejny dowód na działanie prowadzące jedynie do uniemożliwienia zamawiającemu zawarcia umowy z wybranym w postępowaniu i działanie na jego szkodę w związku z niezrealizowaniem umowy. Co więcej, w treści swojego odwołania odwołujący nie wskazał żadnych czynności i zaniechań zamawiającego, które związane są z dokonaniem oceny oferty najkorzystniejszej — Jakość Bis sp. z o.o., co wskazuje, iż odwołujący uznaje prawidłowość i zasadność podjętych przez zamawiającego działań związanych z rozstrzygnięciem zamówienia w zakresie części 3. Odwołujący na etapie trwającego postępowania i po przekazaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty nie wystąpił do zamawiającego o udostępnienie jakichkolwiek dokumentów zamówienia dotyczących np. oferty wykonawcy, któremu miałyby zostać udzielone zamówienie. Brak argumentów ze strony odwołującego na okoliczność czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oferty w części 3 zamówienia, uwidacznia zamierzone działanie odwołującego.

Zamawiający stwierdził, że nie bez znaczenia jest także okoliczność, iż zamawiający przewidział jako formę rozliczenia dla umowy zawartej na realizację części 3 zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe, w związku z czym odwołujący nie ma żadnych podstaw do kwestionowania wynagrodzenia zaoferowanego przez podmiot, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

Wypełniając obowiązki wynikające z ustawy P.z.p., zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokonał również badania złożonych ofert w zakresie rażąco niskiej ceny. Ceny zaoferowane przez wszystkich wykonawców nie wypełniają przesłanek, co do których egzekwowania na podstawie art. 224 ustawy P.z.p. Zamawiający byłby zobowiązany. Także w tym aspekcie odwołujący nie doprowadziłby do sytuacji, w której mógłby zakwestionować ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców: Jakość Bis Sp. z o. o. i G&P TEAM Sp. z o. o. i uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający stwierdził, że wszelkie czynności podjęte przez niego w toku trwającego postępowania zostały dokonane w granicach i na podstawie obowiązujących przepisów ustawy P.z.p. i w związku z tym możliwe jest zawarcie umowy z wybranym w postępowaniu wykonawcą.

W ocenie zamawiającego odwołujący zmierza do podważenia treści oświadczenia zamawiającego o odstąpieniu od umowy oraz następstw tego oświadczenia, to znaczy naliczenia przez zamawiającego kar umownych, możliwości dokonania potrącenia przez zamawiającego kar umownych z wynagrodzeniem odwołującego oraz konsekwencje wykluczenia odwołującego w tym postępowaniu oraz w innych, także nieorganizowanych przez Miasto Ząbki.

Odwołujący stwierdził, że ewentualne ponowne badanie i ocena ofert nie zmieniają dokonanego wyboru przez zamawiającego w zakresie części 3, przez co nie ma możliwości uzyskania w tej części zamówienia korzystnego dla odwołującego rozstrzygnięcia wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołanie jest więc w części 3 wniesione oczywiście nie w celu uzyskania zamówienia, bo z uwagi na treść jego oferty i treść innych ofert oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą, a jedynie w celu jak najdłuższego opóźnienia zawarcia umowy przez zamawiającego, któremu zależy na jak najszybszym zawarciu umowy oraz wykonaniu jak najdłuższej części sieci ścieżek rowerowych wykonywanych w ramach umowy o dofinansowanie. Dodać należy, iż swój cel odwołujący uzyskałby (podważenie wykluczenia), w przypadku wniesienia odwołania jedynie w zakresie zamówienia w części 2.

Zdaniem zamawiającego wniesione odwołanie ma na celu wyłącznie opóźnienie zawarcia umowy, a w konsekwencji wywołanie negatywnych skutków dla interesu publicznego i zamawiającego. Złożenie odwołania jest jednym z elementów działań odwołującego w związku z trwającym sporem pomiędzy zamawiającym a odwołującym, dotyczącym zakończenia realizacji

wcześniejszej zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego (umowy nr 272.204.2021 z dnia 15.10.2021 r.). Kwestie związane z zasadnością odstąpienia przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, naliczeniem kar i innych kwestii poruszonych w odwołaniu, będą ewentualnie przedmiotem rozpoznania przez sąd powszechny. W ocenie zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza nie ma kompetencji do orzekania w sprawach związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umów o udzielenie zamówienia publicznego, a spór pomiędzy zamawiającym i odwołującym nie może wpływać na tok kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia.

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

Zgodnie z art. 577 ustawy P.z.p.: W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Z kolei przepis art. 578 ust. 1 ustawy P.z.p. stanowi, iż: *Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577. W myśl ust. 2 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.*

Wynikający z art. 577 ustawy P.z.p. zakaz zawarcia umowy nie ma zatem charakteru kategoriowego. Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli 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 i zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Pomimo wagi, jaką posiada zabezpieczenie interesów prywatnych, ustawodawca przewidział przypadki, w których interes publiczny zostanie postawiony wyżej, gdyż ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane

przez uniknięcie strat spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego. Dopuszczalność wprowadzenia takiego rozwiązania w polskim porządku prawnym wynika z art. 2 ust. 5 dyrektywy 89/665/EWG, zgodnie z którym Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odpowiedzialny za procedury odwoławcze może wziąć pod uwagę prawdopodobne konsekwencje zastosowania środków tymczasowych dla wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a także dla interesu publicznego, i może podjąć decyzję o niestosowaniu takich środków, jeżeli ich negatywne konsekwencje mogłyby przewyższyć płynące z nich korzyści. Decyzja o niezastosowaniu środków tymczasowych pozostaje bez uszczerbku dla wszelkich pozostałych roszczeń podmiotu wnoszącego o zastosowanie takich środków.

Z treści przepisu zawartego w art. 578 ust. 2 ustawy P.z.p. wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze jest możliwe w przypadku spełnienia następujących przesłanek:

- 1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, i skutki te przewyższyłyby 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.

Wskazane wyżej przesłanki mają charakter samodzielny, co oznacza, że nie muszą być spełnione łącznie.

Pojęcie „interesu publicznego” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Niemniej jednak interes publiczny zawsze dotyczy pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się natomiast do interesu jednostkowego, czy też określonej grupy. Z jego naruszeniem mamy zatem do czynienia w przypadku, gdy skutki określonych działań będą miały powszechny charakter.

W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1 Konstytucji RP, który

wspomina o Rzeczypospolitej jako "wspólnym dobru" wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w około 540 aktach prawnych.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym) zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości:

- bezpieczeństwa prawnego,
- porządku publicznego,
- ochrony środowiska,
- ochrony zdrowia publicznego,
- ochrony moralności publicznej,
- wolności i praw innych osób.

Analogiczne kryteria zawiera art. 30 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który istnienie interesu publicznego uzasadnia względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej.

A zatem, aby możliwe było uchylene zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, niezbędnym jest wykazanie możliwości zaistnienia negatywnych konsekwencji niezawarcia umowy przynajmniej w jednej ze wskazanych wyżej wartości.

Izba przeanalizowała treść złożonego przez zamawiającego wniosku i skonstatowała, że interes publiczny, na który powołał się zamawiający, dotyczy zapewnienia na terenie gminy ścieżek rowerowych, a brak ich ciągłości w pasach drogowych w konsekwencji uniemożliwia dbałość o kondycję i zdrowie mieszkańców, stwarza niebezpieczeństwo w ruchu drogowym poprzez konieczność korzystania z ruchliwych ulic, hamuje rozwój inicjatyw obywatelskich realizowany np. w ramach budżetu obywatelskiego, czy też utrudnia codzienny ruch pojazdów mechanicznych. Ponadto cała inwestycja na terenie Miasta Ząbki została przewidziana jako rozbudowa układu komunikacyjnego, poprzez który mieszkańcy gminy oraz mieszkańcy gmin sąsiadujących będą dojeżdżali do pracy, korzystali z usług, itp., czemu służy przede wszystkim połączenie ścieżek będących połączeniem drogi wojewódzkiej z drogą powiatową.

Tym samym zamawiający wykazał, iż niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Drugą przesłanką, zaistnienie której jest konieczne dla uchylecia zakazu zawarcia umowy, jest udowodnienie, iż negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy przewyższyłyby 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 wyroku z dnia 21 czerwca 2001 roku (sygn. V SA 3718/00) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził: „Należy przypomnieć, że w państwie prawa nie ma miejsca dla mechanicznej i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu społecznego nad interesem indywidualnym. Oznacza to, że w każdym wypadku organ orzekający ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny chodzi, i udowodnić, że jest on tak ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywatela. Zarówno wykazanie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym wypadku interesu społecznego nad indywidualny, podlegać muszą wnikliwej kontroli instancyjnej i sądowej, szczególnie wówczas, gdy w ocenie organu w interesie społecznym leży ograniczenie praw obywatela określonych w Konstytucji RP.”

Z okoliczności sprawy wynika, że celem odwołującego, jako przedsiębiorcy, w realizacji przedmiotu umowy jest chęć osiągnięcia zysku. Jest on niewspółmierny w stosunku do wskazanego wyżej interesu publicznego.

Uwzględniając skutki, jakie może spowodować dalsze utrzymywanie zakazu zawarcia umowy, w ocenie Izby zachodzi podstawa do uwzględnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. W okolicznościach dotyczących rozpatrywanego wniosku należało przede wszystkim ustalić, czy ustawowy nakaz powstrzymania się przez zamawiającego od zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku kończącego postępowanie odwoławcze, może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. W ocenie Izby, wskazane okoliczności uzasadniają stwierdzenie zagrożenia dla interesu publicznego w takim stopniu, iż konieczne jest uchylenie zakazu zawarcia umowy. Podkreślić również należy, że zamawiający dokonał w części 3 zamówienia wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec której odwołujący nie formułuje zarzutów, zatem ewentualne rozstrzygnięcie korzystne dla odwołującego nie oznacza, że przedmiotowe zamówienie zostanie mu udzielone, gdyż brak

będzie podstaw do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, Izba uznała, iż utrzymanie zakazu zawarcia umowy spowoduje negatywne skutków dla interesu publicznego, co prowadziło do uchylecia zakazu zawarcia umowy.

.....