

Sygn. akt: KIO/W 35/22

POSTANOWIENIE

z dnia 10 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 10 października 2022 r. w Warszawie wniosku z 6 października 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego - **Powiat Zawierciański Starostwo Powiatowe**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: *Przebudowa dróg powiatowych nr 1767 S i 1776 S w miejscowościach Wólka Ołudzka, Jeziorowice, Otoła, Wola Libertowska i Żarnowiec*, numer referencyjny: SRZP261-0035/22.

postanawia:

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

Uzasadnienie

Powiat Zawierciański Starostwo Powiatowe (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Przebudowa dróg powiatowych nr 1767 S i 1776 S w miejscowościach Wólka Ołudzka, Jeziorowice, Otoła, Wola Libertowska i Żarnowiec*, numer referencyjny: SRZP261-0035/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 25 sierpnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00319539/01.

6 października 2022 r. Zamawiający, wskazując, iż czyni to w związku z wniesieniem przez wykonawcę A.M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX”, odwołania wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający stwierdził, że jego zdaniem odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z wykonawcą HUCZ Sp. z o.o. Sp. k. w wyznaczonym terminie, jak również w terminie związania ofertą.

Zamawiający przedstawił ceny ofert złożonych w postępowaniu oraz kwotę przeznaczoną przez niego na sfinansowanie zamówienia i wskazał na fakt jej zwiększenia do najniższej cenowo oferty w postępowaniu. Następnie podał, że po wezwaniu z 14 września 2022 r. wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona tj. HUCZ Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz po wezwaniu z 21 września 2022 r. do uzupełnienia tych środków, w dniu 26 września 2022 r., otrzymał pismo tego wykonawcy, z którego zdaniem Zamawiającego należy wnioskować, że nie jest zainteresowany zawarciem umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. W piśmie tym wykonawca wskazał bowiem na błędy swojego kosztorysanta, który nie uwzględnił w kalkulacji wszystkich kosztów i przyznał, że cena jego oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, że niemożliwym staje się wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz zgodnie ze sztuką budowlaną za podaną w ofercie cenę bez poniesienia rażąco wysokiej straty. Zamawiający stwierdził, że nie odniósł się do treści tego pisma, ani nie podjął żadnych czynności wykraczających poza ustawową procedurę, lecz dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, ponieważ zostały złożone przez niego w

wymaganym terminie podmiotowe środki dowodowe. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana 30 września 2022 r.

W związku z tym, zdaniem Zamawiającego, odwołanie złożone w dniu 5 października 2022 r. przez M.A. a M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX” jest działaniem pozornym, korzystnym jedynie dla wykonawcy HUCZ Sp. z o.o. Sp. k., ponieważ po upływie terminu związania ofertą tj. po 8 października 2022 r. może on odmówić zawarcia umowy bez utraty wadium.

Zamawiający oświadczył, że nie miał wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez wykonawcę HUCZ Sp. z o.o. Sp. k. i nie miał ustawowego obowiązku wystąpienia o jej wyjaśnienia. Stanowisko to było znane odwołującemu, ponieważ zostało przekazane w dniu 27 września 2022 r. w odpowiedzi na pismo z 23 września 2022 r., zawierające wskazanie na istnienie przesłanek do wezwania HUCZ Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie tego wykonawcy ceny. Zamawiający nadmienił, że wykonawca M.A. M. nie zwracał się o udostępnienie ofert wraz z załącznikami, złożonych przez pozostałych uczestników postępowania, zatem jego zdaniem bez kontaktowania się z wykonawcą HUCZ Sp. z o.o. Sp. k. nie mógł wiedzieć, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy do wyjaśnień.

Zamawiający stwierdził, że analogicznie rozpatruje odwołanie w zakresie zaniechania żądania od wykonawcy TRANXZIT sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Stosownie do art. 577 ustawy Pzp: w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 578 ustawy Pzp:

1. *Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577.*
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.*

Zaznaczenia w pierwszej kolejności wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy na wniosek zamawiającego ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od generalnej zasady zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Występując zatem z wnioskiem o odstąpienie od tej zasady, zamawiający powinien w sposób przekonujący wykazać wystąpienie przesłanek, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 lub pkt 2 ustawy Pzp. Rozpatrując wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba bierze pod uwagę treść uzasadnienia wniosku przedstawionego przez zamawiającego i w oparciu o to uzasadnienie ocenia czy zachodzą przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy, o których mowa w art. 578 ustawy Pzp.

Analiza uzasadnienia obecnie rozpatrywanego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy wskazuje, że Zamawiający powołał się na wystąpienie przesłanki określonej w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jednak w ocenie Izby nie uprawdopodobnił jej zaistnienia.

W ocenie składu orzekającego Izby okoliczności przytoczone przez Zamawiającego nie stanowią wystarczającej podstawy do przyjęcia, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Argumentacja Zamawiającego w znaczącym zakresie sprowadza się do polemiki z zarzutami odwołania, dotyczącymi zaniechania wystąpienia o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ofertach konkurentów. Nie stanowi to skutecznego wykazania wystąpienia przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Na etapie rozpatrywania wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie dokonuje merytorycznej oceny postawionych w odwołaniu zarzutów, lecz oceny wykazania przez zamawiającego wystąpienia przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy. Skorzystanie z możliwości wniesienia środka ochrony prawnej jest uprawnieniem wykonawcy i stanowi przejaw dążenia do uzyskania zamówienia. Zamawiający nie wykazał, że w okolicznościach analizowanej sprawy jest inaczej.

W ocenie Składu orzekającego Izby podniesiona przez Zamawiającego okoliczność, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, sam przyznał, że nie uwzględnił w kalkulacji wszystkich kosztów wykonania zamówienia i stwierdził, że nie jest możliwe wykonanie inwestycji bez poniesienia przez niego rażąco wysokiej straty, jednocześnie uzupełniając dokumenty podmiotowe, o jakie wystąpił Zamawiający, nie jest wystarczająca do stwierdzenia, że wnosząc odwołanie, wykonawca M.A. M. nie działał w celu uzyskania zamówienia lecz wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana. Zamawiający nie uprawdopodobnił swojego twierdzenia, że wniesienie przez tego wykonawcę odwołania, było działaniem pozornym, korzystnym wyłącznie dla wykonawcy HUCZ Sp. z o.o. Sp. k. Nie zostało np. podniesione i

uprawdopodobnione, że odwołujący wykonawca M.A. M. nie jest zainteresowany zawarciem umowy w wyniku przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 578 ust 4 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: