

Sygn. akt KIO/W 87/21

POSTANOWIENIE
z dnia 8 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 8 września 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 3 września 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Powiat Łęczyński** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na **dostawę i montaż sprzętu pralniczego i pomocniczego do Powiatowego Zakładu Aktywności Zawodowej w Jaszczowie wraz z wdrożeniem procesu technologicznego**

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy

Uzasadnienie

Zamawiający - Powiat Łęczyński - działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129) dalej jako „ustawa” albo „Pzp” - pismem z 31 sierpnia 2021 r. (wpływ do Prezesa Izby - 3 września 2021 r.) złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym na dostawę i montaż sprzętu pralniczego i pomocniczego do Powiatowego Zakładu Aktywności Zawodowej w Jaszczowie wraz z wdrożeniem procesu technologicznego.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że brak możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, A. B. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą ABRI-LUX A. B. w Tłuszczu naraża go na utratę dofinansowania w wysokości 1.163.600,95 zł brutto wynikającego z umowy o dofinansowanie ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych

utworzenia zakładu aktywności zawodowej zawartej 23.06.2021 r. Zamawiający stwierdził, że umowę składa w załączeniu oraz wskazał, że nakłada ona na Powiat Łęczyński obowiązek rozpoczęcia działalności Zakładu Aktywności Zawodowej w terminie od 1 grudnia 2021 r. Brak spełnienia tego obowiązku skutkowało będzie rozwiązaniem umowy o dofinansowanie. Ponadto umowa zobowiązuje zamawiającego do końcowego rozliczenia dofinansowania otrzymanego na pokrycie kosztów utworzenia ZAZ w terminie do dnia 15 listopada 2021 r.

Ponadto zamawiający wskazał, że odwołanie złożone przez firmę SOVRANA Polska Sp. j. M. S., R. K. w Olkuszu wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. Wywiódł, że zgodnie z art. 224 ustawy zamawiający jest zobowiązany wszcząć postępowanie wyjaśniające odnośnie rażąco niskiej ceny, jeśli cena, koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie oraz budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy. Zamawiający wyjaśnił, że badając złożone oferty wziął pod uwagę obie okoliczności opierając się na porównaniu dwóch wartości - ceny badanej oferty oraz progu 70% wartości zamówienia i średniej cen ofert. Jeżeli cena badanej oferty byłaby niższa od tego progu, to zamawiający zostaje zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Powyższe okoliczności nie miały miejsca.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 16 lipca 2021 r. pod nr 00116809/01. Zamawiający otworzył oferty 27 lipca 2021 r. Pismem z 16 sierpnia 2021 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ABRI-LUX A. B. w Tłuszczu. 21 sierpnia 2021 r. wykonawca SOVRANA Polska Sp.j. M. S., R. K. w Olkuszu wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z czym zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu umowy.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 Pzp, 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.

Zamawiający we wniosku odnosił się do obu wskazanych podstaw prawnych.

Izba zważyła, że nie zamawiający nie uprawdopodobnił, aby odwołanie SOVRANA Polska Sp.j. M. S., R. K. w Olkusz zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Art. 578 ust. 2 pkt 2 został wprowadzony do Pzp w związku z sytuacjami, w których zamawiający nie mógł zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu wnoszenia kolejnych odwołań przez wykonawcę, który - sam nie mając szansy na uzyskanie zamówienia - blokował tę możliwość konkurentom. Odwołania takie były bezzasadne *prima facie* albo podlegały odrzuceniu, w tym również z powodu powołania się na okoliczności będące przedmiotem wcześniejszego rozstrzygnięcia Izby w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego lub wycofywane przez wykonawcę, który w krótkim czasie wnosił kolejne odwołanie.

Sytuacja taka nie zaszła w okolicznościach sprawy. Odwołanie wniesione przez SOVRANA Polska Sp.j. M. S., R. K. w Olkusz o.o. S.K jest pierwszym odwołaniem wniesionym wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia w tym postępowaniu. Nie można zatem twierdzić, że odwołanie wniesione zostało wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Zamawiający uzasadniając podstawę uchylenia zakazu wskazaną w art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp odniósł się merytorycznie do zarzutów odwołania, co nie może być skuteczne. Rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania Izba nie dokonuje bowiem oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu. W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylenia zakazu zawarcia umowy miałoby charakter „przedsądu”. Pogląd ten formułowany pod rządami przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do art. 183 ust. 2 tej ustawy zachowuje aktualność w nowym stanie prawnym. Przepis art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp odnosi się zatem do przypadków oczywistych, które nie wymagają szczegółowej analizy odwołania, w szczególności merytorycznej oceny podniesionych w nim zarzutów.

W ocenie Izby w okolicznościach sprawy nie zaszły również przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp. Powołany przepis wymaga ustalenia w pierwszej kolejności, czy brak udzielenia zamówienia, czyli niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego,

spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem skutkiem czynności podjętych przez zamawiającego.

Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie orzecznictwo przyjmuje rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Zamawiający w złożonym wniosku nie podjął nawet próby wykazania zagrożenia dla interesu publicznego wynikającego z nieudzielenia zamówienia wybranemu przez siebie wykonawcy, utożsamiając interes publiczny z utratą środków przyznanych na realizację zamówienia.

W ocenie Izby przesłanka zagrożenia interesu publicznego mogłaby zajść w sytuacji realnego ryzyka utraty środków finansowych przez zamawiającego, jednak tylko wtedy gdy prowadziłoby to do istotnych konsekwencji o charakterze społecznym. Tymczasem zamawiający nie wykazał ani zagrożenia utraty środków, gdyż nie dołączył tekstu umowy o dofinansowanie i nie uzasadnił, że zmiana powołanych przez siebie terminów nie jest możliwa, ani też nie wskazał na konsekwencje społeczne nie wykonania zamówienia w terminie. Izba uznała zatem, że zamawiający utożsamia interes społeczny z własną sytuacją ekonomiczną, co nie uzasadnia uchylecia zakazu zawarcia umowy.

Przypomnieć bowiem trzeba, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy stanowi instytucję wyjątkową, która nie może być nadużywana, gdyż jej stosowanie poza szczególnie uzasadnionymi sytuacjami, uniemożliwiłoby korzystanie ze środków ochrony prawnej i ochronę słuszych interesów wykonawcy mającego szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 578 ust. 4 Pzp.

Stosownie do art. 578 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.

Przewodnicząca: