

Sygn. akt KIO/W 33/21

POSTANOWIENIE
z dnia 29 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 29 marca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 24 marca 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację śluzy oraz sterowni na stopniu wodnym Krapkowice wraz z przebudową awanportów (nr ref. GL.ROZ.2810.39.2020.EB)

postanawia:

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

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

W dniu 24 marca 2021 r. zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach (dalej jako „Zamawiający”) wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą nPzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Modernizacja śluzy oraz sterowni na stopniu wodnym Krapkowice wraz z przebudową awanportów” (nr ref. GL.ROZ.2810.39.2020.EB). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 091-215967.

Rozpoznawany wniosek został złożony w związku z wniesieniem przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDO-MAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Imielinie oraz M. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „JUSTMAR” T. M. w Chełmie Śląskim (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 18 marca

2021 r. odwołania wobec czynności wyboru w ww. postępowaniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „POM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krapkowicach, zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania oraz zaniechania przyznania Odwołującemu właściwej liczby punktów w kryteriach oceny ofert.

Uzasadniając wniosek Zamawiający wskazał, iż przedłużająca się procedura przetargowa, już na dzień dzisiejszy powoduje, że określony w warunkach zamówienia termin jego wykonania staje się coraz trudniejszy do dotrzymania. Zgodnie z założeniami Zamawiającego minimalny okres budowy (wg. dokumentacji projektowej) gwarantujący ich realne wykonanie to okres 36 miesięcy. Termin zakończenia umowy, ze względu na konieczność rozliczenia środków pochodzących z UE jest określony na sztywno i obliczony jest na dzień 31 sierpnia 2023 r. W tych okolicznościach fakt złożenia odwołania przez Odwołującego w dniu 18.03.2021 r. stawia powodzenie projektu inwestycyjnego, w tym Zamawiającego oraz wybranego wykonawcę w coraz trudniejszej sytuacji. Na dzień złożenia przedmiotowego wniosku, zakładany przez projektantów minimalny termin na realizację zadania zmniejszył się o 7 miesięcy i wynosi 28 miesięcy. Powyższa sytuacja powoduje, iż z każdym dniem realizacja inwestycji nie jest już hipotetycznie, już prawie na pewno zagrożona. Każdy dzień opóźnienia powoduje, iż strata takiego dnia jest nie do odrobienia nawet, przy zwiększonym zaangażowaniu wykonawcy (np. praca na kilku zmianach i dodatkowy sprzęt) i to nie zależnie od tego, komu zostałoby udzielone zamówienie. Na dowód powyższego Zamawiający złożył Harmonogram Rzeczowo-Finansowy. Zamawiający wskazał ponadto, iż obecnie terminy rozpoznawania odwołań przez KIO są znacznie wydłużone (m.in. ze względu na pandemię COVID-19). Przykładowo, odwołanie w sprawie KIO 12/21 zostało wniesione w dniu 04.01.2021 r., wyrok został wydany w dniu 02.02.2021 r., natomiast uzasadnienie wyroku Zamawiający otrzymał w dniu 19.02.2021 r. Sytuacja ta oznacza, że konsekwencją złożenia odwołania przez Odwołującego jest znaczące odsunięcie w czasie możliwości zawarcia umowy (ok. 1,5 miesiąca na rozstrzygnięcie odwołania + ok. 2 tygodnie na przeprowadzenie kontroli uprzedniej przez Prezesa UZP), co w praktyce może oznaczać brak możliwości udzielenia zamówienia, albowiem termin realizacji zamówienia jest określony sztywno i nie ma możliwości jego przedłużenia (rozliczenie środków unijnych z perspektywy finansowej na lata 2014-2020).

W ocenie Zamawiającego została spełniona przesłanka z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy nPzp. Zamawiający wskazał na sztywny harmonogram projektu. Oczekiwanie z zawarciem umowy do czasu wydania orzeczenia przez Izbę spowoduje brak możliwości zawarcia umowy i jej realnego wykonania z założonym z góry terminie. Niezawarcie umowy spowoduje brak możliwości udzielenia zamówienia, co w sposób oczywisty rodzi negatywne skutki dla interesu publicznego. Zamawiający złożył wniosek o dofinansowanie inwestycji

w infrastrukturę POIiŚ 2014-2020 oraz Studium Wykonalności projektu Inwestycyjnego pn. „Modernizacja śluzy oraz sterowni na stopniu wodnym Krapkowice wraz z przebudową awanportów”. Wskazał, iż z dokumentów tych wynika, że projekt ze względu na swoją lokalizację oraz rolę śluz na stopniu wodnym Krapkowice w całym układzie transportu śródlądowego na Odrzańskiej Drodze Wodnej ma znaczenie kluczowe, tym bardziej, że pozwoli na poprawę ciągłości szlaku żeglownego oraz podniesienie parametrów drogi wodnej do III klasy w regionie. Budowa nowej komory o parametrach użytkowych 190m długości i 12m szerokości z głową pośrednią, wraz z wyposażeniem technicznym, mechanicznym i hydraulicznym (wrota wsporne, zamknięcia kanałów obiegowych, zamknięcia remontowe) oraz przebudowa istniejącej komory pociągowej, zapewni dwukomorowy standardowy układ żeglowny, co zagwarantuje ciągłość żeglugi, a także wpłynie na wzrost bezpieczeństwa przeciwpowodziowego (łagodzenie/splaszczanie fal powodziowych). Zamawiający podniósł także, że aktualny stan śluz na stopniu wodnym „Krapkowice” zagraża bezpieczeństwu zarówno użytkowników Odrzańskiej Drogi Wodnej, jak i bezpieczeństwu przeciwpowodziowemu. Przejście wód powodziowych przez stopień wodny może doprowadzić do katastrofy budowlanej, polegającej na rozszczelnieniu betonów głowy górnej, powstaniu wyrwy w jej konstrukcji i w konsekwencji zawaleniu wrot wspornych. Scenariusz ten doprowadziłby do zmiany koryta rzeki Odry, której wody popłynęłyby przez zniszczone śluzy jak przez kanał skracający. Dla obszarów znajdujących się w okolicy stopnia wodnego „Krapkowice” wiązałoby się to z obniżeniem wód gruntowych, co mogłoby doprowadzić do znacznych strat środowiskowych.

Dalej Zamawiający podkreślił, że inwestycja będzie generować długotrwałe efekty ekonomiczne. Potwierdzeniem są wskazane w dalszej części istotne społeczne i ekonomiczne skutki realizacji projektu (dokumenty w załączniku). Projekt ze względu na swoją lokalizację oraz rolę śluz na stopniu wodnym Krapkowice w całym układzie transportu śródlądowego na Odrzańskiej Drodze Wodnej pozwoli na poprawę ciągłości szlaku żeglownego oraz utrzyma parametry drogi wodnej klasy III, umożliwiając jednocześnie przyszły rozwój i podniesienie parametrów drogi wodnej w regionie. Wskazał, iż inwestycje infrastrukturalne na drogach wodnych charakteryzują się wysoką produktywnością poniesionych nakładów. To znaczy, że zainwestowane w drogę wodną środki służą nie tylko żegludze, ale także innym ważnym funkcjom gospodarczym, wśród których należy wymienić funkcję przeciwpowodziową (zapobieganie powodziom oraz łagodzenie skutków powodzi), funkcję przemysłową i komunalną (ujęcia wód), funkcję rolniczą i leśną (utrzymywanie właściwych stosunków wodno-glebowych i nawadnianie gruntów), funkcję energetyczną (wykorzystywanie energii przepływającej wody do produkcji energii elektrycznej), funkcję

sportowo-rekreacyjnej (wypoczynek na wodzie) czy też funkcję społeczną (funkcjonowanie różnych obiektów związanych z drogą wodną).

Zamawiający dodał, iż zwiększenie udziału żeglugi śródlądowej w rynku usług transportowych prowadzi do wzrostu konkurencyjności portów morskich ujścia Odry i Wisły oraz aktywizacji gospodarczej obszarów usytuowanych przy portach leżących wzdłuż głównych szlaków żeglugowych. Spedycja kontenera z portu do odbiorcy końcowego drogą rzeczną jest kilkukrotnie tańsza od przetransportowania go drogą samochodową czy kolejową. Z tego powodu porty morskie mające dostęp do żeglugi śródlądowej cieszą się większym zainteresowaniem ze strony przedsiębiorstw prowadzących działalność importową oraz eksportową. Przekłada się to na zwiększenie liczby wejść statków do portu, a w konsekwencji - na łączną masę przeładunkową i wielkość obrotów portowych. Tym samym modernizacja śródlądowych dróg wodnych przyczyni się do aktywizacji gospodarczej obszarów leżących na trasie Odrzańskiej Drogi Wodnej, poprzez poprawę ich dostępności transportowej. Rozwój gospodarczy będzie miał swoje odzwierciedlenie we wzroście PKB województw makroregionu Polski Zachodniej oraz wzroście PKB kraju wynikającego z rozwoju żeglugi śródlądowej. Co więcej, realizacja inwestycji na Odrze wpływa na poprawę warunków funkcjonowania żeglugi pasażerskiej oraz turystyczno-rekreacyjnej. Z kolei sama realizacja projektu a szczególnie późniejszy rozwój żeglugi śródlądowej będzie generowały miejsca pracy w przemyślach zaopatrujących żeglugę śródlądową. Realizacja projektu może również wywrzeć wpływ na rozbudowę przemysłu hutniczego, stoczniewego, portów, powstanie firm spedycyjnych, rozwój rybactwa śródlądowego. W wyniku wzrostu przeładunków w portach śródlądowych i rozwoju ruchu pasażerskiego, w szczególności turystycznego, w perspektywie długofalowej mogą również wystąpić korzyści z tytułu wzrostu zatrudnienia przy jednoczesnym spadku bezrobocia

Zamawiający wskazał także na wymierny efekt realizacji inwestycji oraz na zagrożenia w przypadku braku realizacji inwestycji. W przypadku realizacji zadania zakres prac polegał będzie na przebudowie istniejącej komory pociągowej oraz budowie nowej komory o parametrach 190m długości i 12m szerokości z głową pośrednią, ulokowanej w sąsiedztwie komory pociągowej, wraz z pozostałymi robotami budowlanymi związanymi z infrastrukturą i obiektami towarzyszącymi. W zakres robót przewidzianych do realizacji wchodzi również prace w awanporcie górnym istniejącej komory pociągowej polegające na jego obustronnym poszerzeniu do zapewnienia szerokości kanału żeglownego 35m. W ramach inwestycji zostanie również, ze względu na budowę awanportu górnego projektowanej nowej komory, zlikwidowany istniejący przepust syfonowy i zbudowany powyżej nowego przepustu, przeprowadzającego wody rzeki Sonia (Jasionna), oraz przebudowany zostanie przepust pod drogą dojazdową do małej zabytkowej komory. Z kolei

na wyspie pomiędzy śluzami wykonanie połączenia rzeki Sonia na odcinku od wylotu z projektowanego przepustu syfonowego do istniejącego koryta potoku poprzez przebudowywany przepust pod drogą dojazdową do małej komory zabytkowej, która to droga również zostanie przebudowana. Dodatkowo przebudowany będzie istniejący mostu nad głową dolną komory pociągowej oraz budowę mostu nad głową dolną nowej komory (w ciągu przebudowywanej drogi prowadzącej do małej zabytkowej komory śluzowej), jak i zostanie przebudowana droga dojazdowa pomiędzy głową dolną i górną komory pociągowej, wraz z korektą skarpy stanowiącą prawobrzeżny nasyp wzdłuż istniejącej komory pociągowej. Zamawiający podniósł, iż zakres inwestycji w wybranym wariantcie polegał będzie również na wykonaniu wału pomiędzy głowami górnymi komory pociągowej i projektowanej oraz dalej, wzdłuż lewego peronu projektowanej nowej komory, mającego odgrodzić komory śluzy przed ich zalaniem w przypadku wystąpienia podwyższonych stanów wód. W sąsiedztwie głowy górnej nowej komory zlokalizowana zostanie nowa sterownia śluzowa. Tym samym Wariant pozwala na osiągnięcie istotnych korzyści społeczno-ekonomicznych (opisano szczegółowo w pkt. D.2.2), oraz ma wpływ na polepszenie walorów estetycznych, poprawę stanu technicznego i niezawodności obiektu podczas eksploatacji (np. w czasie śluzowania jednostek pływających, podczas przepuszczania wód powodziowych), zmniejsza ryzyko wystąpienia poważnej i szkodliwej awarii. Co więcej, ze względu na budowę nowej komory o parametrach użytkowych 190/12 m w znacznym stopniu ułatwiona zostanie żegluga i transport dużych ładunków na Odrzańskiej Drodze Wodnej. Sam zakres podniesie walory nawigacyjne Odrzańskiej Drogi Wodnej na stopniu wodnym „Krapkowice”. Poprawie ulegnie bezpieczeństwo i niezawodność budowli hydrotechnicznej, która jest niezbędna do prawidłowego gospodarowania wodami na stopniu wodnym „Krapkowice”.

Zamawiający podniósł, iż w przypadku zaniechania inwestycji (brak środków lub przesunięcie środków ich na inne cele) po stronie Zamawiającego pojawia się jedynie koszty bieżącego utrzymania obiektu oraz koszty usuwania awarii. Z kolei samo zachowanie stanu istniejącego komór generuje ryzyko występowania coraz częstszych i nieprzewidzianych awarii uniemożliwiających poprawną pracę obiektów śluzowych. Wariant stwarza wysokie ryzyko braku możliwości właściwego gospodarowania wodami na stopniu wodnym „Krapkowice”, zwł. w okresie wezbrań powodziowych. Aktualny stan techniczny komór zagraża bezpieczeństwu zarówno użytkowników Odrzańskiej Drogi Wodnej, jak i bezpieczeństwu przeciwpowodziowemu. Przejście wód powodziowych przez stopień wodny może doprowadzić do katastrofy budowlanej polegającej na rozszczelnieniu betonów głowy górnej, powstaniu wyrwy w jej konstrukcji i w konsekwencji zawaleniu wrót wspornych. Scenariusz ten doprowadziłby do zmiany koryta rzeki Odry, której wody popłynęłyby przez zniszczone

śluzę jak przez kanał skracający. Wiązałoby się to z obniżeniem wód gruntowych, jak i ryzykiem znacznych strat środowiskowych, szczególnie dla obszarów chronionych położonych powyżej stopnia wodnego, w tym Natura 2000 - Żywocickie Łęgi (PLH160019). Ponadto dodatkowe nakłady finansowe wynikające z potrzeby przywrócenia rzeki Odry na właściwy bieg obciążąłyby budżet państwa. Co więcej, wariant ten (tj. zaniechanie inwestycji) nie generuje korzyści społecznych i ekonomicznych, nie niesie ze sobą korzyści środowiskowych, a generuje tylko ryzyka technologiczne i związane z płynnością żeglugi: w przypadku awarii komory pociągowej dojdzie do całkowitego braku możliwości śluzowania na stopniu wodnym „Krapkowice”. Wynika to z faktu, że istniejąca zabytkowa komora mała jest wyłączona z użytku od kilkunastu lat przez jej zły stan techniczny. W tej sytuacji może dojść do całkowitego wstrzymania możliwości transportu na ODW.

Po drugie Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe zadanie jest niezwykle ważne dla interesu publicznego. Brak rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania prowadzi do braku możliwości skorzystania z dotacji przeznaczonej na jego sfinansowanie (środki finansowe z UE w ramach perspektywy finansowej na lata 2014-2020 oraz konieczność rozliczenia całości dofinansowania do 31.12.2023r.), co z kolei odsuwa realizację zadania w niedającą się przewidzieć przyszłość (brak zapewnienia finansowania w kolejnej perspektywie finansowej na lata 2021-2027). Na dowód powyższego Zamawiający złożył umowę na dofinansowanie projektu nr POIS.03.02.OO-00-0081/19-00, na okoliczność potwierdzenia finansowania inwestycji ze środków pochodzących z UE oraz konieczności przygotowania dokumentów rozliczeniowych. Po trzecie podniósł, iż należy mieć na uwadze uzasadnienie odwołania oraz uzasadnienie Zamawiającego wykazane poniżej, świadczące o całkowitej bezzasadności samego odwołania. W sytuacji wykazanej oczywistej bezzasadności zarzutów odwołania interes Odwołującego nie doznaje uszczerbku. Co więcej w przedmiotowym postępowaniu trudno dostrzec jakiegokolwiek korzyści związane z ochroną interesu Odwołującego, którego odwołanie, co zostało wykazane nie może doprowadzić do uzyskania przez niego zamówienia. Samo zaś zawarcie umowy podyktowane jest szczególnym interesem publicznym.

Uzasadniając zaistnienie przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy nPzp Zamawiający zauważył, że samo wniesienie odwołania skutkuje przedłużeniem procedury przetargowej o minimum 2 miesiące, co w okolicznościach związanych z napiętym już obecnie terminem wykonania zamówienia skutkuje realnym zagrożeniem wykonania zadania. W praktyce powoduje, że wykonanie umowy nie będzie już możliwe (nawet przy zaangażowaniu dodatkowych sił i środków np. praca zmianowa, dodatkowy sprzęt, praca w okresach zimowych) i to niezależnie od tego, który wykonawca uzyska to zamówienie. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący z pewnością zdaje sobie z tego sprawę, a w świetle oczywistej

bezzasadności zarzutów odwołania, o czym mowa poniżej, zasadne jest stwierdzenie, że jedynym celem tego odwołania jest uniemożliwienie Zamawiającemu zawarcia umowy. Wykazując oczywistą bezzasadność zarzutów odwołania Wykonawca wskazuje, że w jego treści zasadniczo sformułowane zostały dwa zarzuty: 1) dotyczący braku przyznania Odwołującemu max ilości punktów w kryterium „doświadczenie kierownika budowy albo kierownika budowy i kierownika robót hydrotechnicznych”; 2) dotyczący niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „POM” sp. z o.o. oraz wprowadzenie w błąd Zamawiającego w zakresie wskazanego w ofercie doświadczenia kierownika budowy.

W odniesieniu do zarzutu pierwszego Zamawiający stwierdził, że jest on formułowany wyłącznie w celu uniemożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy. Świadczy o tym treść uzasadnienia odwołania. Odwołujący nie odnosi się do większości argumentów merytorycznych leżących u podstaw zakwestionowania projektu inwestycyjnego w Malczycach jako dwóch zadań w rozumieniu SIWZ, a samo uzasadnienie zarzutu jest niezwykle lakoniczne. Co więcej zasadnicza argumentacja Odwołującego jest ze sobą sprzeczna. Z jednej strony Odwołujący przyznaje, że użyte w pkt 7.2.2 SIWZ pojęcie „inwestycja” należy rozumieć jako zadanie inwestycyjne i przyznaje, że projekt w Malczycach, mimo, że obejmował wykonanie kilku obiektów, stanowi jedno zadanie inwestycyjne, jedną referencję. Z drugiej natomiast strony twierdzi, że użyte w opisie kryterium pojęcie „zadanie” należy rozumieć całkowicie odmiennie i nie oznacza ono zadania inwestycyjnego, czy budowy. Tymczasem cel obu warunków jest tożsamy. Tak samo jak wykonawca uzyskuje jedno doświadczenie, gdy wykonuje jedno zadanie inwestycyjne mimo, że obejmowało ono wykonanie szeregu obiektów hydrotechnicznych, tak samo kierownik budowy ma jedno doświadczenie mimo, że inwestycja nad którą pełnił funkcję kierownika budowy obejmowała wykonanie szeregu obiektów hydrotechnicznych, które dopiero łącznie spełniały swój cel gospodarczy i techniczny, tj. wykonanie stopnia wodnego. Uwzględniając powyższe, podstawowy argument Odwołującego, że Zamawiający odróżniał pojęcie „zadania” od pojęcia „zadanie inwestycyjne” jest oczywiście bezzasadny, a podnoszenie tego rodzaju argumentów przez profesjonalnego wykonawcę tym bardziej uzasadnia stwierdzenie, że jedynym celem odwołania jest uniemożliwienie Zamawiającemu zawarcia umowy. W odniesieniu do argumentu Odwołującego, że „rozumienie kryterium w taki sposób w jaki Zamawiający przedstawił to w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty skutkowałoby nierównym traktowaniem wykonawców” należy zauważyć, że jeżeli uznawał on, iż kryterium, które przyznaje taką samą ilość punktów niezależnie od ilości obiektów hydrotechnicznych realizowanych w ramach jednego zadania narusza zasadę równego traktowania, to winien był to zgłosić Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert,

w tym skorzystać z prawa wniesienia odwołania. Dodatkowo, o bezzasadności ww. argumentu Odwołującego świadczy zdaniem Zamawiającego okoliczność, w której w żaden sposób nie odniósł się on do szerokiej argumentacji Zamawiającego, który wskazywał dlaczego obiekty na zadaniu w Malczycach nie stanowią całkowicie odrębnych obiektów i że szereg zrealizowanych robót było wspólnych dla nich. Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do argumentacji, że żaden z obiektów rozpatrywanych odrębnie nie spełniał samodzielnej funkcji technicznej i gospodarczej, a dopiero łączne ich wykonanie umożliwiało uznanie, że zadanie zostało wykonane.

Odnosząc się do drugiego z ww. zarzutów Zamawiający podkreślił, że jest on spóźniony, a zatem w tym zakresie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy Pzp. Zamawiający wskazuje, że stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Informacja o zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „POM” sp. z o.o. pomimo, jak wskazuje Odwołujący, wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie doświadczenia kierownika budowy oraz niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przekazana została Odwołującemu już w dniu 22.12.2020 r., kiedy to Zamawiający poinformował wykonawców o pierwotnych wynikach badania i oceny ofert. Jeżeli Odwołujący uważał, że zaniechanie wykluczenia Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „POM” sp. z o.o. ze wskazanych przyczyn może naruszać jego interes w uzyskaniu zamówienia, to już wtedy winien był składać odwołanie w tym zakresie. Tymczasem wtedy Odwołujący skorzystał wprawdzie z prawa wniesienia odwołania, jednakże ograniczył się wyłącznie do zarzutu związanego z wadliwą oceną swojej oferty. Skoro obecnie Odwołujący wskazuje w treści odwołania, że zarzuty w stosunku do Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne „POM” sp. z o.o. formułowane są na wypadek rozstrzygnięcia przez Izbę, że Zamawiający prawidłowo ocenił jego ofertę, to dokładnie taka sama sytuacja miała miejsce w dniu 22.12.2020 r. Zamawiający dodał, że nie dokonywał żadnych nowych czynności (np. wezwanie do uzupełnienia/wyjaśnienia) w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czy też potwierdzających doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy. Zamawiający wskazał także, że swoje zarzuty Odwołujący formułuje w stosunku do projektów referencyjnych realizowanych na rzecz Zamawiającego, które samodzielnie, nawet bez wzywania Przedsiębiorstwa Usługowo Produkcyjnego „POM” sp. z o.o. do wyjaśnień może zweryfikować.

Zamawiający wskazał także, że oferta Odwołującego sklasyfikowana jest na trzeciej pozycji, za ofertą BUDIMEX S.A. Brak sformułowania zarzutów w stosunku do tego

wykonawcy powoduje, że hipotetyczne uwzględnienie zarzutów w stosunku do Przedsiębiorstwa Usługowo Produkcyjnego „POM” sp. z o.o. i tak nie spowoduje uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Już zatem sama ta okoliczność jest podstawą do oddalenia odwołania w powyższym zakresie. W świetle powyższych okoliczności, które potwierdzają brak podstaw formalnych do rozpoznania odwołania w powyższym zakresie, w ocenie Zamawiającego odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy. Odwołujący jako doświadczony wykonawca, korzystający z profesjonalnej obsługi prawnej winien zdawać sobie sprawę, że sformułowanie tego rodzaju zarzutów nie może odnieść skutku w postaci uzyskania przez niego zamówienia. W związku z tym istnieją uzasadnione podstawy do stwierdzenia, że jedynym celem Odwołującego w tej sytuacji jest uniemożliwienie Zamawiającemu zawarcia umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019, dalej „ustawa nPzp”). Stosownie bowiem do art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wynikał z wniesienia odwołania w dniu 18 marca 2021 r. Postępowanie odwoławcze zostało zatem wszczęte po dniu 31 grudnia 2020 r.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 ustawy nPzp, Krajowa Izba Odwoławcza 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.

Możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy nPzp, wobec czego nie może być interpretowany rozszerzająco. Jak wynika z tego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy nPzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia. Z kolei dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy nPzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w swojej argumentacji przedstawionej we wniosku nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek, o której mowa w art. 578 ust. 2 ustawy nPzp.

Odnosząc się do przesłanki wskazanej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy nPzp, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne, której przedmiotem jest modernizacja śluzy oraz sterowni na stopniu wodnym Krapkowice wraz z przebudową awanportów, 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. Zamawiający nie podał dostatecznych argumentów pozwalających na zastosowanie przedmiotowej instytucji, nie wykazał, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań Zamawiającego, w tym prawa wykonawcy, który mógłby uzyskać zamówienie do ochrony jego interesu prywatnego.

Po pierwsze nie stanowi dostatecznego argumentu okoliczność, że przedłużająca się procedura przetargowa stanowi zagrożenie dla dotrzymania terminu wykonania zamówienia, ograniczonego konieczności rozliczenia środków pochodzących z funduszy europejskich. Zamawiający, będąc odpowiedzialnym za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Izba wskazuje, że sytuacja, w której wykonawcy korzystają z przysługujących im środków ochrony prawnej, nie jest niczym nadzwyczajnym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Opóźnienia wynikające z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców są okolicznościami, które można było i należało przewidzieć wszczynając postępowanie. Nie mogą one same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z tak wyjątkowej

instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Warto także zauważyć, że wydłużenie czasu trwania postępowań o udzielenie zamówienia wiążące się z korzystaniem przez wykonawców ze środków ochrony prawnej niejednokrotnie jest bezpośrednim efektem prowadzenia tych postępowań przez zamawiających z uchybieniem przepisom ustawy. W przedmiotowym przypadku Zamawiający powołując się na fakt, iż poprzednie postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 6/21 oraz KIO 12/21 trwało ponad miesiąc, pomija okoliczność, iż potwierdziło ono naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a skutkiem wniesionych odwołań było ich uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia podjętych czynności.

Po drugie wskazać należy, że zasadnicza część argumentacji Zamawiającego stanowiła opisanie zakresu inwestycji i wykazanie licznych korzyści płynących z udzielenia zamówienia, takich jak długotrwałe efekty ekonomiczne (funkcja przeciwpowodziowa, przemysłowa, komunalna, rolnicza, leśna, społeczna, sportowo-rekreacyjna), zwiększenie udziału żeglugi śródlądowej w rynku usług transportowych i związany z tym wzrost konkurencyjności portów morskich, poprawa warunków funkcjonowania żeglugi pasażerskiej oraz turystyczno-rekreacyjnej. Korzyści tych nie sposób zanegować, niewątpliwie realizacja przedmiotowego zamówienia leży w interesie publicznym, jednak sama ta okoliczność nie może przesądzać o uchyleniu zakazu zawarcia umowy. Zauważyć bowiem należy, że większość tego rodzaju inwestycji przyczynia się do poprawy warunków społeczno - ekonomicznych czy bezpieczeństwa publicznego, jednak nie sposób uznać, że w związku z tym w każdej takiej sytuacji interes publiczny przewyższać będzie korzyści związane z ochroną wszystkich innych interesów. Idąc tym tokiem rozumowania uchylenie zakazu zawarcia umowy o zamówienie publiczne stałoby się normą, a nie taki jest cel tej instytucji. Ustawodawca przyznaje prymat ochronie prawa wykonawców do korzystania z środków ochrony prawnej, a ograniczenie tego prawa może mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach nadzwyczajnych, odpowiednio przez Zamawiającego wykazanych.

Po trzecie Izba stwierdziła, że dalsza część argumentacji Zamawiającego zaprezentowanej we wniosku zmierzała do opisanego negatywnych skutków, jakie mogą wyniknąć z całkowitego zaniechania realizacji inwestycji, takich jak ryzyko występowania częstszych i nieprzewidzianych awarii czy nawet katastrof budowlanej, obniżenie wód gruntowych, ryzyko znacznych strat środowiskowych czy konieczności poniesienia dodatkowych nakładów finansowych. Zamawiający opisał ewentualne skutki, jakie mogą wiązać się z brakiem realizacji przedmiotowego zamówienia, jednocześnie jednak w żaden sposób ich nie wykazał, a jego twierdzenia pozostały gołosłowne. Ponadto podkreślić należy, że z punktu widzenia oceny zasadności wniosku istotne jest to, jakie skutki zaistnieją przez

sam fakt wstrzymania się z udzieleniem zamówienia do czasu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego przez Izbę. Skoro wniesienie odwołania oznacza czasową niemożność udzielenia zamówienia, to Zamawiający powinien wykazać, dlaczego tymczasowe zablokowanie możliwości zawarcia umowy z wybranym wykonawcą może wywołać negatywne skutki dla interesu publicznego.

Jeżeli Zamawiający powoływał się na fakt, iż oczekiwanie na orzeczenie Izby w sprawie wywołanej odwołaniem z dnia 18 marca 2021 r. spowoduje tak daleko idące skutki, jakie przywołano w treści wniosku, tj. brak możliwości zrealizowania inwestycji w ogóle, to powinien wykazać powody takiego stanu rzeczy. W tym zakresie zaś Zamawiający przedstawił jedynie lakoniczne uzasadnienie, iż termin zakończenia umowy, ze względu na konieczność rozliczenia środków unijnych, został określony w sposób sztywny, a z każdym dniem realizacja inwestycji jest zagrożona, każdy dzień opóźnienia, powoduje, że strata jest nie do odrobienia nawet przy zwiększonym zaangażowaniu wykonawcy. Twierdzenia o zagrożeniu realizacji zamówienia nie zostały przez Zamawiającego ani szerzej wyjaśnione, ani niczym poparte. Zamawiający nie wskazywał też, aby ewentualna zmiana harmonogramu realizacji projektu faktycznie była niemożliwa. Ponadto Zamawiający nie wyjaśnił z czego wynika powstałe już na moment składania wniosku opóźnienie zmniejszające zakładany przez projektantów minimalny termin realizacji zadania aż o 7 miesięcy, nie wskazał dlaczego postępowanie o udzielenie zamówienia wydłużyło się o tak długi czas i że nastąpiło to z przyczyn od niego niezależnych. Powyższe ma istotne znaczenia dla dokonywanej przez Izbę oceny, ponieważ uchylenie zakazu zawarcia umowy nie może stanowić instrumentu służącego konwalidowaniu wcześniejszych ewentualnych nieprawidłowości Zamawiającego podczas prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Wreszcie po czwarte, w treści wniosku nie przedstawiono uzasadnienia, które wyjaśniałoby dlaczego opisywane negatywne skutki dla interesu publicznego miałyby przewyższać korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w tym interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania przyznania mu odpowiedniej liczby punktów w kryteriach oceny ofert, dążąc do zmiany decyzji Zamawiającego i uzyskania zamówienia. Nie stanowi takiego uzasadnienia okoliczność, że w opinii Zamawiającego wniesione odwołanie jest oczywiście bezzasadne. Podkreślić należy, że Izba na etapie rozpatrywania wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu, nie bada skuteczności odwołania i zasadności podniesionych zarzutów, lecz wyłącznie zaistnienie przesłanek warunkujących uchylenie zakazu zawarcia umowy. Zatem, na ocenę w przedmiocie zasadności wniosku złożonego

przez Zmawiającego, nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu twierdzenia o bezzasadności zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez Zamawiającego w sposób uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Odnosząc się do przesłanki wskazanej w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy nPzp, Izba stwierdziła, że uzasadnienie wniosku Zamawiającego w tym zakresie sprowadzało się wyłącznie do polemiki z zarzutami podniesionymi przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDO-MAR Sp. z o.o. oraz „JUSTMAR” T. M. w odwołaniu z dnia 18 marca 2021 r. Tymczasem, jak wskazano powyżej, Izba rozpoznając wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu. Tym samym subiektywna ocena Zamawiającego w przedmiocie bezzasadności zarzutów odwołania nie może stanowić podstawy do uwzględnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a przedstawione w tym zakresie wywody są dla rozstrzygnięcia wniosku irrelevantne. Jak zwrócono uwagę w postanowieniu Izby z dnia 12 marca 2021 r., sygn. akt KIO/W 22/21, który to pogląd skład rozpoznający niniejszy wniosek podziela, „w postępowaniu wпадkowym, dotyczącym uchylenia zakazu zawarcia umowy (konieczności zachowania okresu *stand still* do czasu wydania rozstrzygnięcia przez Izbę) Krajowa Izba Odwoławcza nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Izba nie rozpatruje zawartych w odwołaniu zarzutów, a jedynie ocenia, czy odwołanie zostało wniesione w celu uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zaś niezasadnie przyjął, że wykorzystując postępowanie wпадkowe – czyli mające charakter uboczny w stosunku do sprawy głównej – wskaże na swoje merytoryczne stanowisko dotyczące zarzutów odwołania i na tej podstawie Izba zawczasu uzna, że odwołanie jest niezasadne, a w konsekwencji tego zezwoli na zawarcie umowy.”

Izba wskazuje, iż wnosząc o uchylenie zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy nPzp, zadaniem Zamawiającego było uprawdopodobnić, że odwołanie nie zostało wniesione w celu ochrony interesu wykonawcy zmierzającego do poddania kontroli merytorycznej przez Izbę decyzji Zamawiającego pozbawiającej wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia, lecz w innym celu, ukrytym pod pozorem

skorzystania z prawa wniesienia środka ochrony prawnej, a mianowicie w celu uniemożliwienia udzielenia zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający powyżej okoliczności nie uprawdopodobnił, opierając wniosek wyłącznie na własnym przekonaniu, że odwołanie powinno zostać oddalone. Taką argumentację uznać należy za nieprawidłową, idąc bowiem tym tokiem rozumowania, w każdej sprawie, w której zamawiający wskazuje na bezzasadność zarzutów odwołania należałoby uznać, że zostało ono wniesione wyłącznie w celu zablokowania zawarcia umowy z wybranym przez zamawiającego wykonawcą. Tymczasem nawet bezzasadność zarzutów odwołania – czego Izba na etapie oceny wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie weryfikuje - nie jest równoznaczna z tym, że działanie Odwołującego miało na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy.

Za dostateczne uzasadnienie dla uprawdopodobnienia takiego celu nie sposób uznać lakonicznego stwierdzenia zawartego we wniosku, że Odwołujący jako podmiot korzystający z profesjonalnej pomocy prawnej powinien mieć świadomość, iż podniesione zarzuty nie mogą odnieść skutku w postaci uzyskania przez niego zamówienia. Zamawiający nie wyjaśnił także dlaczego fakt sklasyfikowania Odwołującego na trzeciej pozycji w rankingu ofert miałby spowodować brak możliwości udzielenia mu zamówienia w przypadku wyeliminowania z postępowania wykonawcy wybranego. Zauważyć należy, że w postępowaniach prowadzonych w oparciu o tzw. „procedurę odwróconą” poza wykonawcą, którego ofertę oceniono najwyżej, pozostali wykonawcy nie zostają co do zasady poddani szczegółowemu badaniu podmiotowemu, co oznacza, że w przypadku doprowadzenia do wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego (czy odrzucenia jego oferty) wynik postępowania pozostaje otwarty. Trudno zatem uznać w takiej sytuacji, aby wniesienie odwołania przez wykonawcę mającego szansę na jego uzyskanie (okoliczności przeciwnej Zamawiający nie uprawdopodobnił) miało służyć uniemożliwieniu zawarcia umowy. Stanowisko Zamawiającego jest tym bardziej nieuprawdopodobnione, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, iż przedmiotem odwołania nie jest wyłącznie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego, lecz także zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego prawidłowej liczby punktów w kryteriach oceny ofert.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba w oparciu o art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy nPzp postanowiła jak w sentencji, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie 2 ustawy nPzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: