

Sygn. akt: KIO/W 91/21

POSTANOWIENIE

z dnia 15 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 października 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 12 października 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – Gminę Miasto Włocławek, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego złotowego*,

postanawia:

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

Uzasadnienie

W dniu 12 października 2021 r. Zamawiający – Gmina Miasto Włocławek złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podniósł, że niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego 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 wskazał, że wszczął prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 17 czerwca 2021 r., czyli niezwłocznie po powzięciu informacji o zaistnieniu interesu publicznego i zapewnieniu środków na sfinansowanie zamówienia, a przedmiotowym interesem publicznym jest:

- 1) konieczność sfinansowania przez Zamawiającego planowanego deficytu budżetu Miasta Włocławek,
- 2) konieczność spłaty przez Zamawiającego wcześniej zaciągniętych zobowiązań z tytułu zaciągniętych kredytów, oraz
- 3) konieczność wykupu przez Zamawiającego papierów wartościowych.

Zdaniem Zamawiającego, negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na niezawarcie umowy, są natomiast:

- 1) brak możliwości terminowej oraz właściwej realizacji zadań budżetowych i statutowych przez Zamawiającego oraz jego jednostki organizacyjne,
- 2) konieczność regulowania przez Zamawiającego wydatków inwestycyjnych oraz transz kredytu i wykupu obligacji, z ograniczonych środków budżetowych, które przewidziane są na pokrycie wydatków bieżących.

Zamawiający stwierdził, że wobec sytuacji przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmuszony będzie do regulowania z bieżących środków budżetowych transz kredytów, jak również wykupu wyemitowanych obligacji, pozbawiając się tym samym środków na regulowanie bieżących płatności z tytułu zakończonych zadań inwestycyjnych oraz środków na bieżące funkcjonowanie jednostek organizacyjnych Zamawiającego, tj.: jednostek oświatowych, instytucji kultury.

Zamawiający wskazał, że 1 lipca 2021 r. dokonał wykupu obligacji na kwotę 12.000.000,00 zł ze środków bieżących. Przedmiotowa kwota planowana była do uregulowania z kredytu, stanowiącego przedmiot zamówienia. Od planowanej pierwszej transzy kredytu do daty uruchomienia kolejnej transzy, tj. do 1 października 2021 r., Zamawiający także uregulował płatności za przedsięwzięcia inwestycyjne, w tym zakupy inwestycyjne, na łączną kwotę 32.653.135,00 złotych ze środków przewidzianych na wydatki bieżące.

Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z postanowieniami SWZ oraz projektowanymi postanowieniami umownymi, wypłata kredytu, stanowiącego przedmiot zamówienia, miała odbyć się w czterech transzach: I transza (30.000.000,00 zł) – w ciągu 5 dni od dnia zawarcia umowy, II transza (30.000.000,00 zł) – do 1 października 2021 r., III transza (30.000.000,00 zł) – do 20 listopada 2021 r., IV transza kredytu w kwocie (45.761.450,00 zł) – do 15 grudnia 2021 r. Złożenie odwołania na czynność polegającą na zatrzymaniu Odwołującemu wadium wraz z odsetkami, uniemożliwiło już Zamawiającemu środków finansowych w wysokości 30.000.000,00 zł, które miały zostać wypłacone w ramach drugiej transzy udzielanego kredytu, co w znaczny sposób przekłada się na funkcjonowanie Zamawiającego i realizowanie przez niego zadań ustawowych i statutowych.

Zdaniem Zamawiającego, ww. negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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.

Ponadto Zamawiający podniósł, że odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący został poinformowany zatrzymaniu wadium wniesionego w kwocie 300.000,00 zł wraz z odsetkami w przesłanej 27 września 2021 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. W dniu 7 października 2021 r. Odwołujący wniósł odwołanie na czynność zatrzymania wadium, zarzucając Zamawiającemu wyłącznie naruszenie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie zarzuca mu innych naruszeń ustawy Pzp. Odwołujący sam stwierdza w odwołaniu, że „kwestionuje czynność Zamawiającego, polegającą na bezpodstawnym zatrzymaniu wpłaconego wadium” i „nie kwestionuje (...) zasadności odrzucenia oferty”.

Zdaniem Zamawiającego, żadne rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej nie doprowadzi do sytuacji unieważnienia czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, jak również na wyborze oferty najkorzystniejszej. W wyniku każdego podjętego przez Izbę rozstrzygnięcia nie może zatem ulec zmianie wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i z którym planowane jest zawarcie umowy. Powyższe – zdaniem Zamawiającego – świadczy o tym, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zaznaczył, że pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w prowadzonym postępowaniu, nie zakwestionowali ani czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu ani odrzucenia ich oferty. Jedyne odwołanie złożył Odwołujący, zarzucając Zamawiającemu dokonanie nieuzasadnionej – jego zdaniem – czynności zatrzymania wadium.

Zamawiający podniósł, że 16 października 2021 r. upływa termin związania ofertą wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Po stronie Zamawiającego pojawia się zatem ryzyko, że w przypadku upływu terminu związania ofertą wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, może odmówić zawarcia umowy, a Zamawiający nie będzie mógł nawet skorzystać z przepisu art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy Pzp i zatrzymać temu wykonawcy wadium wraz z odsetkami.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 7 października 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- Kujawsko-Dobrzyński Bank Spółdzielczy z siedzibą we Włocławku,
- SGB - Bank SA siedzibą w Poznaniu,
- ESBANK Bank Spółdzielczy w siedzibą w Radomsku,
- Bank Spółdzielczy Ziemi Łowickiej w Łowiczu,
- Bank Spółdzielczy w Koronowie,
- Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie,
- Bank Spółdzielczy w Witkowie,
- Bank Spółdzielczy w Grębocinie,
- Bank Spółdzielczy w Kowalewie Pomorskim,
- Bank Spółdzielczy w Łasinie,
- Bank Spółdzielczy w Nowym Tomysłu,

złożone w postępowaniu pn. *Udzielenie i obsługa kredytu długoterminowego złotowego.*

Odwołanie dotyczy czynności zatrzymania przez Zamawiającego wadium wpłaconego przez Odwołującego, a żądanie odwołania sprowadza się do unieważnienia czynności zatrzymania wpłaconego przez Odwołującego wadium wraz z odsetkami, ewentualnie – stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie zatrzymania wadium.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy 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.*

W ocenie Izby, Zamawiający w złożonym wniosku wykazał wystąpienie przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, uzasadniającej uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Wskazane przez Zamawiającego okoliczności, pozwalają – zdaniem Izby – stwierdzić, że niezawarcie umowy może spowodować daleko idące, negatywne skutki dla interesu publicznego. W świetle przedstawionego uzasadnienia wniosku nie ma wątpliwości, że zawarcie umowy kredytu długoterminowego ma istotne znaczenie dla płynności finansowej Gminy Miasta Włocławek oraz zapewnienia realizacji ustawowych i statutowych zadań tej jednostki.

Za wiarygodne Izba uznała twierdzenia Zamawiającego, że udzielenie zamówienia pozwoli zapewnić środki na sfinansowanie deficytu budżetowego, spłatę wcześniej zaciągniętych zobowiązań z tytułu zaciągniętych kredytów oraz wykup papierów wartościowych. Skutkiem niezapewnienia środków na te cele będzie brak możliwości terminowej i właściwej realizacji zadań publicznych. Niezawarcie umowy na kredyt długoterminowy spowoduje, że spłata wcześniej zaciągniętych kredytów oraz wykup papierów wartościowych będzie musiała odbywać się z bieżących środków budżetowych, co z kolei może przełożyć się na problemy z regulowaniem płatności z tytułu zadań inwestycyjnych oraz z bieżącym funkcjonowaniem Zamawiającego i jego jednostek organizacyjnych, takich jak jednostki oświatowe czy instytucje kultury. W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że stwarza to istotne ryzyko dla interesu publicznego, zaistnienie bowiem sytuacji braku środków na regulowanie bieżących wydatków i realizację zadań jednostki samorządu terytorialnego, mogłoby mieć negatywny wpływ na funkcjonowanie wspólnoty samorządowej, w tym na zaspokajanie jej podstawowych potrzeb.

Z uwagi na powyższe nie ma wątpliwości, że brak niezwłocznego udzielenia zamówienia może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Powyższe nie jest jednak samo w sobie wystarczające dla uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zgodnie bowiem z art. 578 ust. 2 ust. 1 ustawy Pzp, uchylenie takiego zakazu jest możliwe, jeśli te negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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. Innymi słowy, podjęcie decyzji w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy wymaga porównania wagi negatywnych skutków dla interesu publicznego z wagą korzyści wynikających z ochrony wszystkich innych interesów, co dotyczy w szczególności interesu wykonawców w uzyskaniu skutecznej ochrony

prawnej. Odwołanie jest bowiem środkiem ochrony prawnej wykonawców przed niezgodnymi z prawem działaniami lub zaniechaniami zamawiających.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zawarcie umowy przed zakończeniem postępowania odwoławczego nie wiąże się dla wykonawcy z prawdopodobieństwem doznania uszczerbku w wyniku zaskarżonej w odwołaniu czynności Zamawiającego. Zauważenia wymaga bowiem, że Odwołujący nie kwestionuje wyniku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, przeciwnie – nie podnosi zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej i wyraźnie stwierdza, że nie zaskarża czynności odrzucenia jego oferty. Odwołanie ogranicza się do zarzutu dotyczącego czynności zatrzymania wadium i zmierza jedynie do nakazania Zamawiającemu zwrotu tego wadium (ewentualnie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie zatrzymania wadium). Z uwagi na powyższe uprawnione jest stwierdzenie, że zawarcie przez Zamawiającego umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie wpłynie w żaden sposób na sytuację Odwołującego.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że została spełniona określona art. 578 ust. 2 ust. 1 ustawy Pzp przesłanka uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Odnosząc się do drugiej z przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy, tj. uprawdopodobnienia, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy (art. 578 ust. 2 pkt 2), stwierdzić należy, że Zamawiający nie uprawdopodobnił dostatecznie jej zaistnienia. Zamawiający wywodzi spełnianie tej przesłanki jedynie z tego, że: *żadne rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej nie doprowadzi do sytuacji unieważnienia czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, jak również na wyborze oferty najkorzystniejszej. W wyniku każdego podjętego przez Izbę rozstrzygnięcia nie może zatem ulec zmianie wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i z którym planowane jest zawarcie umowy.* W ocenie Izby powyższe twierdzenia, jakkolwiek prawdziwe, świadczą nie tyle o wniesieniu odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, co o nieistnieniu prawdopodobieństwa uszczerbku dla interesów wykonawcy, co zostało opisane we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego postanowienia. Zamawiający nie uprawdopodobnił natomiast, że zamiarem Odwołującego nie jest uzyskanie ochrony prawnej, a jedynie zablokowanie możliwości udzielenia zamówienia innemu wykonawcy. Zamawiający nie przedstawił argumentów, które prowadziłyby do takiego wniosku oraz które pozwalałyby wykluczyć, że wniesienie odwołania jest – w przekonaniu Odwołującego – skierowane na odzyskanie zatrzymanego wadium oraz że wykonawca działa w przekonaniu, że może taki skutek w drodze środków ochrony prawnej osiągnąć.

Niezależnie od powyższego, wobec ustalenia, że zostały wykazane okoliczności określone w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba postanowiła uchylić zakaz zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy Pzp, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: