

Sygn. akt KIO/W 71/21

POSTANOWIENIE

z dnia 26 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 26 lipca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 20 lipca 2021 r., który wpłynął do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2021 r., o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Gminę Myślenice** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. **Budowa Przedszkola Samorządowego w Jaworniku**

postanawia:

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

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Myślenice, działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129), dalej ustawa Pzp, złożył w dniu 21 lipca 2021 r. wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa Przedszkola Samorządowego w Jaworniku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00070308/01.

W uzasadnieniu wniosku zamawiający wskazał, że w wyniku wniesionego odwołania i uznania zarzutu wadliwie działającego systemu teleinformatycznego dokonał powtórzenia czynności aukcji elektronicznej. Nowa (powtórzona) aukcja elektroniczna odbyła się w dniu 09.07.2021r. (nr aukcji A-108-2021) na portalu aukcyjnym UZP. Odwołujący w trakcie aukcji wielokrotnie składał postąpienia.

W związku z upływającym terminem związania ofertą, zamawiający zwrócił się w dniu 09.07.2021 r. do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą wyznaczając dzień 16.07.2021 r. na ostateczny termin złożenia pisemnego oświadczenia o

wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący nie złożył oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie, a jego wadium wniesione w formie poręczenia wygasło z dniem 16.07.2021 r. Odwołujący w dniu 17.07.2021 r. stracił więc interes prawny w uzyskaniu zamówienia. W dniu 19.07.2021 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty, uwzględniając ceny zaoferowane podczas aukcji A-106-2021, jednocześnie odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z brakiem wyrażenia pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Dalej, Zamawiający podnosił, że w odpowiedzi na odwołanie, w dniu 30.06.2021 r., poprosił o wycofanie odwołania na podstawie art. 520 ustawy Pzp, gdyż jego zdaniem powtórzenie aukcji i ponowny wybór oferty w pełni wyczerpuje oczekiwania odwołującego i jest działaniem wystarczającym do naprawy czynności obciążonej wadą. Odwołanie prawdopodobnie nie zostało wycofane. W ocenie zamawiającego działanie odwołującego w sytuacji braku wycofania odwołania i jednocześnie braku przedłużenia terminu związania ofertą jest działaniem polegającym na celowym uniemożliwieniu zawarcia umowy.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy ma charakter wyjątkowy, jest bowiem odstępstwem od zasady, zgodnie z którą do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę umowa nie może być zawarta, a która to zasada stanowi dla wykonawców gwarancję umożliwiającą skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z tego względu przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy określone w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp są restrykcyjne i nie mogą podlegać rozszerzającej interpretacji. Zamawiający, składając wniosek o uchylenie tego zakazu, powinien więc szczegółowo uzasadnić i wykazać, 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 oraz że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Aby art. 578 ust. 2 ustawy Pzp mógł znaleźć zastosowanie, niezbędne jest kumulatywne wykazanie wszystkich przesłanek w nim określonych.

Izba zważyła, że zamawiający skoncentrował się jedynie na drugiej przesłance, podnosząc, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania Izba nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu. Przepis art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do przypadków oczywistych, które nie wymagają szczegółowej analizy odwołania, w szczególności merytorycznej oceny podniesionych w nim zarzutów.

Ponadto, Izba wskazuje, że składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, zamawiający winien szczegółowo uzasadnić i wykazać, 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. Tymczasem w niniejszej sprawie, zamawiający nie powołał się na tę przesłankę w złożonym wniosku. W uzasadnieniu, które jest dość ogólne i lakoniczne, skoncentrował się tylko na twierdzeniu o działaniu odwołującego polegającym na celowym uniemożliwieniu zawarcia umowy. W ocenie Izby, wniosek zamawiającego nie zawiera żadnej analizy w przedmiocie negatywnych skutków dla interesu publicznego. Zaistnienie negatywnych skutków dla interesu publicznego powinno być przekonująco uzasadnione w uwarunkowaniach dotyczących tego postępowania. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający nawet nie pokusił się o przedstawienie argumentów w wyżej wskazanym zakresie.

Reasumując, Izba uznała, że zawarcie umowy po ogłoszeniu wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, będzie stanowiło ochronę wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z jednoczesnym poszanowaniem interesu publicznego.

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

Przewodniczący: