

POSTANOWIENIE
z dnia 9 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 9 sierpnia 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 5 sierpnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – Województwo Śląskie z siedzibą w Katowicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę organizacji wydarzenia o charakterze kongresu pn. „CLIMATE-CON 2021 – Śląski Konwent Klimatyczny” (nr ref. OR-ZN.272.3.3.2021.MKC)

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

W dniu 5 sierpnia 2021 r. zamawiający - Województwo Śląskie z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Zamawiający”) wystąpił z wnioskiem 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 (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, zwanej dalej „ustawą Pzp”), w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługę organizacji wydarzenia o charakterze kongresu pn. „CLIMATE-CON 2021 – Śląski Konwent Klimatyczny” (nr ref. OR-ZN.272.3.3.2021.MKC). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 lipca 2021 r. nr 2021/BZP 00107275/01.

Rozpoznawany wniosek został złożony w związku z wniesieniem przez wykonawcę GMSYNERGY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna z siedzibą w Rzgowie (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 2 sierpnia 2021 r. odwołania wobec czynności zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy KDK Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością, tj. koncepcji ścianek zielonych podlegającej ocenie w jednym z kryteriów oceny ofert (sygn. akt KIO 2304/21).

Uzasadniając ziszczenie się przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż wydarzenie CLIMATE-CON 2021 podejmuje temat poprawy jakości powietrza i ochrony środowiska. Negatywny wpływ zanieczyszczenia powietrza na zdrowie i życie ludzkie zostało potwierdzone licznymi badaniami, analizami i raportami. Dlatego też samorząd województwa podejmuje liczne działania naprawcze, które także zostały zapisane w dokumencie strategicznym województwa pn. Program Ochrony Powietrza dla Województwa Śląskiego (POP). Jednym z kluczowych działań naprawczych zapisanych w POP są działania edukacyjne i promocyjne oraz informacyjne i szkoleniowe w zakresie poprawy jakości powietrza i środowiska. Poprawa jakości powietrza stanowi ważny interes publiczny przyczyniający się do poprawy zdrowia i jakości życia nie tylko mieszkańców województwa śląskiego, lecz ma charakter globalny. Dzięki podnoszeniu świadomości społecznej mieszkańców poprzez edukację ekologiczną ten ważny interes publiczny może zostać skutecznie realizowany. Temu też ma służyć organizacja wydarzenia CLIMATE-CON - Śląski Konwent Klimatyczny. Zamawiający podniósł, iż zgodnie z art. 74 Konstytucji RP ochrona środowiska jest obowiązkiem władz publicznych, które powinny wspierać działania obywateli na rzecz ochrony i poprawy stanu środowiska. Każdy z obywateli ma prawo do uzyskania informacji o stanie i ochronie środowiska oraz realizowanej publicznej polityce zapewniającej bezpieczeństwo ekologiczne współczesnym i przyszłym pokoleniom, a wydarzenie jest jedną z form przekazywania informacji. Wydarzenie CLIMATE-CON ma na celu realizację edukacji ekologicznej, przekazanie wiedzy oraz uruchomienie dyskusji publicznej, co jest również związane z dyspozycją zawartą w art. 86 Konstytucji RP. Dlatego też świadome podejmowanie decyzji wymaga wiedzy i edukacji ekologicznej. Edukacja ekologiczna oznacza koncepcję wychowania, przedmiot nauczania oraz działalność edukacyjno-wychowawczą, system kształtowania postaw i poglądów wobec otaczającego świata opartego na szacunku dla środowiska. Człowiek stanowi integralną i nierozdzielną część środowiska przyrodniczego. Każda jego działalność ma skutki dla środowiska przyrodniczego (pozytywne lub negatywne). Dlatego ważną kwestią jest konieczność uświadamiania społeczeństwu istnienia tego wpływu, możliwości i metod jak najmniej szkodliwego funkcjonowania w środowisku i korzystania z jego zasobów.

Reasumując powyższe Zamawiający zwrócił uwagę na duże znaczenie organizacji wydarzenia CLIMATE-CON 2021 nie tylko dla mieszkańców regionu, ale także całego kraju (uczestniczyć w konferencji może każdy, zarówno poprzez osobisty udział, jak i uczestnictwo on-line), które wypełnienia ważny interes publiczny wprost wskazany zarówno w ustawie zasadniczej, jak pozostałych aktach prawnych, na podstawie których działa jednostka

samorządu terytorialnego, jaką jest województwo. Jednocześnie uwzględniając międzynarodowy zasięg planowanego przedsięwzięcia, Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego zaprosił do wydarzenia kluczowych ekspertów i polityków na poziomie krajowym i europejskim, którzy mają podnieść walor edukacyjny przedsięwzięcia. Udział w wydarzeniu potwierdzili przedstawiciele krajowych i zagranicznych instytucji, w tym m.in. Ministerstwo Klimatu i Środowiska, Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi oraz Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej, a także przedstawiciele Komisji Europejskiej. Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego podjął również aktywne działania promocyjne i informacyjne w obszarze transgranicznym, co poskutkowało zaangażowaniem w powyższe wydarzenie Kraju Morawsko-Śląskiego (Republika Czeska) i Kraju Zyińskiego (Republika Słowacji).

Zamawiający podkreślił, iż brak wyrażenia zgody przez Izbę o uchyleniu zakazu zawarcia umowy w ww. postępowaniu, spowoduje brak możliwości organizacji i przeprowadzenia konwentu klimatycznego CLIMATE-COM, który jest imprezą międzynarodową i swoim zasięgiem ma objąć 500 uczestników stacjonarnych (krajowych i zagranicznych) oraz przynajmniej tyle samo on-line w zaplanowanym terminie, który może być jedynym realnym terminem na zorganizowanie tego rodzaju przedsięwzięcia, biorąc pod uwagę dynamicznie zmieniającą się sytuację związaną z pandemią koronawirusa SARS-Cov-2 wywołującego chorobę COVID-19 nie tylko w Polsce, ale również w Europie czy na całym świecie. Zamawiający wskazał, iż ma świadomość, że pojmowanie „interesu publicznego” w zamówieniach publicznych nie może się jedynie ograniczać do indywidualnego interesu Zamawiającego. Tak jednak w tym przypadku nie jest gdyż jakość powietrza i środowiska stanowi interes wszystkich obywateli, a tylko edukacja ekologiczna może pomóc go sprawnie realizować. Brak możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne bez zachowania okresu *standstill* spowoduje 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. Brak możliwości udzielenia w chwili obecnej zamówienia publicznego wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp Wykonawcy spowoduje, że wybór ten odbędzie się po wyznaczonym terminie.

Uzasadniając ziszczenie się przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż Odwołujący składając odwołanie, nie mając w dniu jego złożenia tj.: 2 sierpnia 2021 r. pełnego obrazu podjętych przez Zamawiającego czynności, a co za tym idzie etapu toczącego się postępowania zmierzał do przedłużenia tego postępowania, co wiąże się wprost z niedochowaniem terminu realizacji przedmiotu zamówienia tj. zorganizowaniem międzynarodowej konferencji klimatycznej CLIMATE-CON 2021 - Śląski Konwent

Klimatyczny w wyznaczonym terminie (16-17 września 2021 r.), a w konsekwencji miało to na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy. Formułując swoje zarzuty tj. na niezgodne z przepisami ustawy czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegające na zaniechaniu odtajnienia oferty firmy KDK sp. z o.o. w sposób niezgodny z ustawą i w konsekwencji budzący wątpliwości co do obiektywizmu Zamawiającego, opierał się jedynie na przekazanych przez Zamawiającego ofertach pozostałych wykonawców (w tym w jednej z ofert, Zamawiający udostępnił jedynie załączone do oferty uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowego środka dowodowego, które podlegało badaniu pod względem skuteczności zawartych w nim wyjaśnień) oraz piśmie dotyczącym odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowego środka dowodowego (pismo wystosowane do Wykonawcy KDK Sp. z o.o. w dniu 22 lipca 2021 r.). Zamawiający podkreślił, iż aby uczynić zadość zasadom przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, niezwłocznie po otrzymaniu w dniu 23 lipca br. (piątek) kolejnej korespondencji dotyczącej podnoszonej w odwołaniu kwestii, przekazał w dniu 26 lipca br. Odwołującemu pismo z otrzymanymi wyjaśnieniami dot. zastrzeżenia przedmiotowego środka dowodowego tajemnicą przedsiębiorstwa, jednak Zamawiający w korespondencji zwrotnej nie poinformował Odwołującego o jednoznacznej decyzji o podtrzymaniu przedmiotowego zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty. Wykonawca, nie dając komisji przetargowej możliwości dokładnej weryfikacji i podjęcia decyzji co do podtrzymania bądź odtajnienia przedmiotowego środka dowodowego załączonego do oferty Wykonawcy KDK Sp. z o.o., sam uznał, iż Zamawiający podtrzymał uzasadnienie i wyjaśnienia w tym zakresie i nie dokonał odtajnienia przedmiotowego środka dowodowego. Jednocześnie, po otrzymaniu powyższych dokumentów, o które wnioskował Odwołujący, Zamawiający nie otrzymał kolejnych wniosków o udostępnienie dokumentacji z toczącego się postępowania, a zarzut wskazany w odwołaniu tj.: dokonanie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nieweryfikowalny i nieprawidłowy, oparty został jedynie na treści udostępnionych ofert, bez wglądu do sposobu, w jaki Zamawiający finalnie oceny dokonał, ponieważ dopiero po zweryfikowaniu punktów przyznanych przez Zamawiającego za poszczególne przedmiotowe środki dowodowe, wykonawca może stwierdzić bądź nie prawidłowość prowadzonych przez Zamawiającego czynności w toku czynności badania i oceny ofert. Reasumując Zamawiający stwierdził, iż wniesione odwołanie nie miało na celu wykazania przez Odwołującego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, a jedynie uniemożliwienie Zamawiającemu zawarcie umowy i zrealizowanie międzynarodowej konferencji klimatycznej.

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 (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

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

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Pzp, 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.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy Pzp, wobec czego przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia 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 Pzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Ponadto podkreślenia wymaga, że możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest integralnie związana z dokonaniem przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej. Co do zasady zamawiający w postępowaniach, których wartość nie przekracza progów unijnych (jak przedmiotowe postępowanie) zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 10 dni, jeżeli zostało przesłane w inny sposób (por. art. 308 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 359 pkt ustawy Pzp – dla usług społecznych). Wyżej wskazany minimalny okres zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy (tzw. klauzula *standstill*) swą długością odpowiada terminom na wniesienie odwołania wobec czynności zamawiającego, co ma na celu

zagwarantowanie wykonawcom realnego prawa do skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej.

Oczywistym jest, że dla możliwości zawarcia umowy niezbędne jest wcześniejsze dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i zawiadomienie o tym fakcie wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Dopiero w takim przypadku rozpoczyna się okres zawieszenia możliwości zawarcia umowy (*standstill*), który może zostać dodatkowo przedłużony w przypadku wniesienia odwołania, zgodnie z art. 577 ustawy Pzp. Odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 2304/21 dotyczy wcześniejszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia niż wybór oferty najkorzystniejszej (zaniechania odstąpienia części oferty) i na moment jego wniesienia taki wybór jeszcze nie nastąpił. W treści wniosku złożonego przez Zamawiającego nie wyjaśniono natomiast czy w chwili składania wniosku Zamawiający już wyboru oferty najkorzystniejszej dokonał i z kim Zamawiający zamierza zawrzeć umowę. Brak przedstawienia przez Zamawiającego jakichkolwiek informacji co do dalszych czynności podjętych w postępowaniu nie pozwala na ustalenie czy w przedmiotowym przypadku w ogóle doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej, a także w jaki sposób Zamawiający ocenił oferty wykonawców i jak w konsekwencji kształtuje się w postępowaniu sytuacja Odwołującego.

Izba podkreśla, że postępowanie w zakresie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze jest postępowaniem wпадkowym, dotyczącym oceny konieczności zachowania okresu *standstill* do czasu wydania rozstrzygnięcia przez Izbę, w związku z czym Izba nie bada w ramach tego postępowania ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności, w tym nie bada także wystąpienia materialnoprawnej legitymacji czynnej danego podmiotu do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający decydując się na sformułowanie wniosku w trybie art. 578 ust. 1 ustawy Pzp powinien zawrzeć w nim wyczerpującą argumentację przemawiającą za spełnieniem przesłanek wskazanych w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp i załączyć ewentualne dokumenty, na których opiera swoją argumentację. Izba dokonuje bowiem oceny wniosku wyłącznie na podstawie informacji w nim zawartych. Tymczasem w przedmiotowej sprawie w świetle danych przedstawionych we wniosku Izba nie jest w stanie nawet ustalić czy czynność, od której swój bieg zaczyna okres zawieszenia możliwości zawarcia umowy, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, w ogóle miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Już tylko powyższe przesądza o bezzasadności wniosku.

Niezależnie od tego, Izba stwierdziła, że Zamawiający w treści przedmiotowego wniosku nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek, o której mowa w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przesłanki wskazanej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne, której przedmiotem jest wykonanie usługi organizacji wydarzenia o charakterze kongresu pn. „CLIMATE-CON 2021 – Śląski Konwent Klimatyczny” 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.

Całość argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego sprowadza się do kwestii wykazania, że organizacja przedmiotowego wydarzenia (Konwentu Klimatycznego) ma duże znaczenie z perspektywy interesu publicznego, który w tym wypadku przejawia się w dbaniu o poprawę jakości powietrza, ochronę środowiska i edukację ekologiczną. Natomiast wniosek nie zawiera żadnej analizy w przedmiocie tego, jakie negatywne skutki dla interesu publicznego wiązać się będą z koniecznością oczekiwania na rozstrzygnięcie Izby i dlaczego przewyższają one 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, w tym interesu wykonawców, którzy uczestniczą w tym postępowaniu. Stanowisko Zamawiającego w tym przedmiocie sprowadza się do głośownego stwierdzenia, że brak możliwości udzielenia zamówienia w chwili obecnej spowoduje, że wybór odbędzie się po wyznaczonym terminie Konwentu. Jakiegokolwiek argumentacji, która wyjaśniałaby taki wniosek Zamawiającego nie przedstawiono. Poza podaniem planowanej daty Konwentu (którą zresztą wskazano jako uzasadnienie przesłanki z pkt 2, nie z pkt 1) Zamawiający nie podał żadnych wymiernych danych, które potwierdzałyby, że wstrzymanie się z udzieleniem przedmiotowego zamówienia do czasu rozstrzygnięcia Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2304/21 faktycznie spowoduje istotne zagrożenie dla realizacji Konwentu w zaplanowanym terminie. Zamawiający nie załączył do wniosku także żadnych dokumentów, które by jego stanowisko potwierdzały. Ponadto Izba stwierdziła, że w treści wniosku nie przedstawiono żadnego uzasadnienia, które faktycznie wyjaśniałoby dlaczego negatywne skutki dla interesu publicznego miałyby przewyższać korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w tym interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie. Do przedmiotowej kwestii wniosek w sposób merytoryczny w ogóle się nie odnosi, podczas gdy to właśnie wykazanie tej okoliczności przesądza o zasadności wniosku. Ustawodawca przyznaje bowiem 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.

Zwrócić należy tutaj również uwagę, że Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim terminie, tj. takim, aby przy uwzględnieniu prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, możliwe było zawarcie umowy w terminie przez Zamawiającego oczekiwanym. Zamawiający dochowując należytej staranności winien mieć świadomość ile co do zasady trwa postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów unijnych prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego i tak zaplanować postępowanie, aby jego przeprowadzenie było możliwe w terminie, który zapewni możliwość należytej realizacji zawartej w jego wyniku umowy w sprawie zamówienia publicznego. 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 przez wykonawców z ustawowych uprawnień do wniesienia odwołania 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. Tymczasem Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu dopiero w dniu 7 lipca 2021 r. w sytuacji, gdy przewidział realizację Konwentu na 16-17 września 2021 r. Przyczyn takiego stanu rzeczy Zamawiający w treści wniosku nie wyjaśnił, a jednocześnie zagrożenie terminowej realizacji Konwentu zdaje się wywodzić wyłącznie z faktu wniesienia odwołania przez wykonawcę, czyli z faktu realizacji przez wykonawcę jego ustawowych uprawnień. Zamawiający pominął tutaj także okoliczność, iż fakt wniesienia odwołania wobec czynności zaniechania odtajnienia części oferty jednego z wykonawców nie wstrzymuje Zamawiającemu możliwości podejmowania dalszych działań w postępowaniu i przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym także dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Być może dalsze czynności podjęte przez Zamawiającego spowodują, że wniesione odwołanie stanie się bezprzedmiotowe i np. zostanie przez Odwołującego wycofane.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba wskazuje, iż wnioskując o uchylenie zakazu zawarcia umowy na ww. podstawie, 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, niczym nie popartym przypuszczeniu, że o takim zamiarze Odwołującego świadczy fakt, iż wniósł odwołanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, nie mając wówczas pełnego obrazu podjętych przez Zamawiającego czynności. Stanowisko takie jest chybione już z tego względu, że w świetle art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na każdą czynność lub każde zaniechanie czynności w postępowaniu, niezależnie od jego etapu, a zatem także na czynności podjęte lub zaniechane na etapach wcześniejszych niż wybór oferty najkorzystniejszej, jak chociażby na zaniechanie udostępnienia części ofert innych wykonawców. Co więcej, wykonawców wiążą ściśle terminy (wskazane w art. 515 ustawy Pzp), których dotrzymanie jest warunkiem skuteczności wniesienia odwołania i niejednokrotnie wniesienie odwołania właśnie na wcześniejszym etapie postępowania niż wybór oferty najkorzystniejszej jest niezbędne w celu ochrony interesów danego wykonawcy, gdyż jego wniesienie na późniejszym etapie mogłoby zostać uznane za dokonane z uchybieniem ustawowego terminu, czego konsekwencją byłoby odrzucenie odwołania. Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego w każdej sprawie, w której odwołanie wniesiono jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej, na inną czynność lub zaniechanie podjęcia czynności w postępowaniu, należałoby uznać, że zostało ono wniesione wyłącznie w celu zablokowania zawarcia umowy z wybranym (na dalszym etapie) wykonawcą. Tymczasem nawet ewentualna 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. Wskazać nadto należy, iż okoliczność czy odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2304/21 zostało wniesione w ustawowym terminie czy też było przedwczesne, co zdaje się sugerować Zamawiający wskazując, iż nie poinformował Odwołującego o jego jednoznacznej decyzji w przedmiocie zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty jednego z wykonawców, stanowi materię podlegającą rozpoznaniu w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 2304/21, a nie w niniejszym postępowaniu w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Izba podkreśla, iż sama subiektywna ocena Zamawiającego, jakoby Odwołujący działał w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, oparta na gołosłownych przypuszczeniach, nie może stanowić podstawy do uznania, że wykonawcy wnoszącemu odwołanie przyświecał zamiar inny niż ochrona jego interesów, tj. bezpośredni zamiar uniemożliwienia udzielenia zamówienia. W tym kontekście należy także zwrócić uwagę na brzmienie art. 578 ust. 2 pkt 2

ustawy Pzp, które referuje wprost do czynności „wniesienia odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy”. Oznacza to, że zamiar uniemożliwienia zawarcia umowy powinien istnieć już w momencie wnoszenia odwołania, co więcej, zmierzanie do uniemożliwienia udzielenia zamówienia powinno być w świetle omawianej regulacji wyłącznym celem wykonawcy wnoszącego odwołanie. Jak wskazano w postanowieniu Izby z dnia 12 marca 2021 r. sygn. akt KIO/W 22/21 „przesłanka blokowania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być utożsamiana z samym faktem wniesienia odwołania i domagania się przez odwołującego weryfikacji zgodności z prawem czynności zamawiającego. (...) Warto przy tym zaznaczyć, że ustawodawca, wnosząc po konstrukcji omawianej normy, intencjonalnie nałożył na zamawiającego obowiązek uprawdopodobnienia celu złożenia odwołania, do tego używając formy kwalifikowanej. Zamawiający ma obowiązek uprawdopodobnić, że wyłącznym (a nie np. głównym, czy jednym z wielu) celem złożenia odwołania jest uniemożliwienie zawarcia umowy.”

W przedmiotowym przypadku trudno uznać, aby Odwołujący wnosząc odwołanie działał w takim właśnie celu, skoro za pomocą środków ochrony prawnej dążył on do udostępnienia mu części oferty konkurencyjnego wykonawcy, w której zawarto informacje podlegające ocenie w jednym z kryteriów oceny ofert, a zatem informacje z perspektywy wykonawców kluczowe dla możliwości przeprowadzenia weryfikacji prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny. Wynik postępowania na moment wniesienia odwołania nie był Odwołującemu znany. Ponadto – jak wskazano już powyżej - fakt wniesienia odwołania wobec czynności zaniechania odtajnienia części oferty jednego z wykonawców nie wstrzymuje Zamawiającemu możliwości podjęcia dalszych działań w postępowaniu. Zamawiający dysponuje także szeregiem innych instrumentów, które mogą wpływać na losy postępowania odwoławczego, jak chociażby możliwość uwzględnienia zarzutów odwołania, jeśli okażą się one zdaniem Zamawiającego zasadne. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie uprawdopodobnił jakichkolwiek obiektywnych okoliczności, które mogłyby świadczyć o ziszczeniu się przesłanek z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba w oparciu o art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp 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 Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: