

Sygn. akt KIO/W 19/21

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 marca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 2 marca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 26 lutego 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Gminę Piława Górna** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „**Budowę żłobka gminnego w Piławie Górnej**”

**postanawia:**

uchyla zakaz zawarcia umowy

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Piława Górna - działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - złożył w dniu 26 lutego 2021 r. wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę żłobka gminnego w Piławie Górnej”.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że pojęcie interesu publicznego definiowane jest przede wszystkim w orzecznictwie. Na gruncie Prawa zamówień publicznych z 2004 r. miało to miejsce przede wszystkim w odniesieniu do art. 93 ust. 1 pkt 6 tej ustawy, który upoważniał zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli zaszła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leżało w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Interes publiczny definiowany jest jako korzyść, korzyści otrzymywane w efekcie realizacji przedsięwzięć służących ogółowi, potrzebę ogółu, ale już

nie interes finansowy samego zamawiającego, choć niewynikające z działania zamawiającego cofnięcie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia mogło wskazywać na istnienie interesu publicznego w unieważnieniu postępowania. *A contrario* zatem można stwierdzić, że przesłanka zagrożenia interesu publicznego mogłaby zajść w sytuacji realnego ryzyka utraty środków finansowych przez zamawiającego, o ile prowadziłoby to do istotnych reperkusji o charakterze społecznym.

W ocenie zamawiającego przesłanka ta jest spełniona, gdyż przedmiotem zamówienia jest budowa żłobka gminnego - inwestycji niezwykle ważnej dla lokalnej społeczności miasta Piława Górna. Zamawiający wskazał, że Piława Górna nie posiada na swoim terenie żadnej placówki tego typu. Najbliższy żłobek oddalony jest od miasta powiatowego Dzierżoniów o około 10 km, więc dla matek pracujących, mieszanek Piławy Górnej nie ma realnej możliwości korzystania z niego. Powoduje to odpływ młodych mieszkańców i tym samym starzenie się społeczności lokalnej. Ponadto elementem bardzo istotnym jest to że Piława Górna nie posiada własnych środków na budowę żłobka, lecz na zaplanowaną inwestycję pozyskała środki zewnętrzne w formie różnych dotacji do wysokości kwoty 4.320.000,00 zł. Termin wykonania robót wyznaczony został na dzień 1.12.2021 r., natomiast termin rozliczenia dotacji mija 31.12.2021 r. Oznacza to, że niezrealizowanie inwestycji w terminie spowoduje, że gmina ich nie otrzyma. Niezawarcie umowy w terminie wynikającym z postępowania stwarza więc realne zagrożenie, iż termin realizacji inwestycji nie będzie mógł być dotrzymany. Niezrealizowanie inwestycji i brak otrzymania dotacji wiązałby się z wystąpieniem negatywnych skutków dla interesu publicznego, a wynikających z niemożności korzystania z tej niezwykle ważnej instytucji, jaką jest żłobek, przez członków lokalnej społeczności miasta Piława Górna. Może to także przyczynić się w przyszłości do niższej oceny zamawiającego jako beneficjenta starającego się o przyznanie środków pochodzących z dotacji, co będzie miało w przyszłości negatywny wpływ na interes publiczny lokalnej społeczności.

Zamawiający podniósł, że negatywne skutki dla interesu publicznego znacznie przewyższą 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, gdyż jedynym poszkodowanym jest odwołujący się wykonawca, a jego szkoda to wyłącznie niezyskanie przyszłego zysku. Zważenie korzyści płynących dla interesu publicznego z udzielenia zamówienia przed ogłoszeniem orzeczenia Izby i korzyści związanych z ochroną innych interesów tzn. tego jednego wykonawcy w ocenie zamawiającego przemawia za interesem publicznym.

Zamawiający wywiódł również, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Potwierdzają to przesłanki wynikające z treści odwołania,

oraz to, co zostało przez odwołującego w treści odwołania pominięte. Wskazał na niespójność w rozumowaniu odwołującego, który w uzasadnieniu wskazuje naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp, a następnie przyznaje, że zamawiający uzyskał wyjaśnienia.

Zamawiający wyjaśnił, że odwołujący pominał fakt wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie podejrzenia rażąco niskiej ceny dwóch wykonawców: Turpis Sp. z o.o. S.K. we Wrocławiu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE BUDOPOL Sp. z o.o. w Jakrowie oraz PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWLANE „CZĘSTOBUD” Sp. z o.o. D. S. w Częstochowie. Wezwani wykonawcy udzielili wyjaśnień, a awans oferty odwołującego na miejsce drugie w rankingu, był spowodowany brakiem zgody konsorcjum „BUDOPOL na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zamawiający podniósł, że odwołujący zarzuca mu zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez TURPIS Sp. z o.o. S.K. z powodu braku wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające. Jednocześnie odwołujący nie wykazuje jakimi kryteriami należałoby się kierować, by uznać je za wystarczające. Zamawiający wywiódł, że ustawodawca w art. 90 ust. 3 Pzp dokonanie oceny wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami pozostawia w gestii zamawiającego, i zamawiający takiej oceny dokonał w sposób bezstronny i obiektywny.

Kolejno zamawiający podkreślił, że wskazane w odwołaniu pozycje kosztorysowe odnoszą się do pojedynczych przypadków, a nie do całego kosztorysu. Wskazał, że oszacowana wartość zamówienia wynosiła 4.200.166 zł netto, po powiększeniu o podatek VAT 5.166.204 zł. Odpowiednio cena ofertowa wybranego przez zamawiającego wykonawcy wynosiła 2.918.699 zł po opodatkowaniu 3.590.000 zł. natomiast cena ofertowa odwołującego wynosiła 3.517.786 zł netto po opodatkowaniu 4.326.877 zł. Wskazane pozycje kosztorysowe w stosunku do cen ofertowych są nieznaczące.

Za istotne zamawiający uznał, że cena ofertowa wybranego wykonawcy była tylko o 20% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wskazał, że mając na względzie” ostrożność procesową” zdecydował się na żądanie wyjaśnień ceny, gdyż ceny ofertowe dwóch wykonawców były na granicy wskazanej w art. 90 ust. 1a Pzp.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 765193-N-2020 dnia 10 grudnia 2020 r. Zamawiający prowadził postępowanie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) otworzył oferty. Pismem z 19 stycznia 2021 r. działając na podstawie art. 90 ust. 1 tej ustawy wezwał TURPIS Sp. z o.o. S.K., do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Po ich ocenie wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. 24 lutego

2021 r. wykonawca INARE Sp. z o.o. S.K wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z czym zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu umowy.

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) – dalej jako: „Pzp”. Z uwagi na powyższe, Izba rozstrzygając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, który dotyczy odwołania wniesionego w dniu 8 stycznia 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. Rozpoznanie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wywołane wniesionym odwołaniem i w odniesieniu do niego znajdują zastosowanie przepisy właściwe dla procedury odwoławczej.

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 wykazał, aby odwołanie INARE Sp. z o.o. S.K. zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Przepis 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 INARE Sp. z 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 odnosi się merytorycznie do zarzutów odwołania, co nie może być prawnie 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 miałyby 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. 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.

Brak jest zatem podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby w okolicznościach sprawy zaszły jednak 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. Kierując się tą definicją Izba uznała, że budowa pierwszego

żłobka na terenie zamawiającego mieści się w kategorii interesu publicznego. W interesie publicznym leży nie tylko wskazana przez zamawiającego potrzeba zapobieżenia migracji ludności, ale przede wszystkim wzmocnienie możliwości aktywności zawodowej kobiet oraz wspieranie możliwości łączenia przez nie rodzicielstwa z aktywnością zawodową.

Z uwagi na znaczące utrzymujące się od dłuższego czasu obciążenie Izby pracą wynikającą z dużej liczby wniesionych odwołań nie można mieć pewności, że odwołanie wniesione przez INARE Sp. z o.o. S.K. zostanie rozpoznane w terminie wskazanym w ustawie. Zamawiający w konsekwencji jest zagrożony utratą środków przyznanych mu na sfinansowanie zamówienia, nawet jeśli na etapie przygotowania postępowania, planowania inwestycji i zapewnienia źródeł jej finansowania, uwzględnił możliwość wniesienia odwołania przez wykonawcę. Umowa w sprawie zamówienia publicznego może nie zostać wykonana umowy w terminie.

W tym stanie rzeczy ważąc interes publiczny polegający na zapewnieniu dostępu do placówki opieki dla dzieci w wieku przedprzedszkolnym i zamawiającego, który może zostać pozbawiony finansowania inwestycji istotnej społecznie oraz interes odwołującego się wykonawcy, Izba doszła do przekonania, że uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest zasadne. Uszczerbek dla interesu publicznego wynikający z braku możliwości natychmiastowego udzielenia zamówienia przeważa bowiem nad indywidualnym ekonomicznym interesem odwołującego się wykonawcy. Izba uznała, że zawarcie umowy dopiero po rozpatrzeniu wniesionego przez odwołania spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, które przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 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 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....