

Sygn. akt: KIO/W 38/21

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 7 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 kwietnia 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 2 kwietnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez:

**Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego :

w trybie przetargu nieograniczonego pt. „**Dostawa i zabudowa Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji Centralnej z amoniakalnymi agregatami chłodniczymi i stacją freecoolingu dla potrzeb KWK ROW.**”, nr postępowania 492001127.

**postanawia:**

**odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy**

**do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK ROW z siedzibą w Rybniku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Dostawa i zabudowa Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji Centralnej z amoniakalnymi agregatami chłodniczymi i stacją freecoolingu dla potrzeb KWK ROW, sprawa nr 492001127*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 listopada 2020 r. za numerem 2020/S 225-554608.

W dniu 2 kwietnia 2021 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z wniesieniem w dniu 26 lutego 2021 r. odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: CFT POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, EL-Platforma sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz KG Construction sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (dalej „Odwołujący”), wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W uzasadnieniu wniosku, Zamawiający wskazał, że w niniejszej sprawie odwołanie zostało wniesione w dniu 26 lutego 2021 r. i podniesione zostały 3 zarzuty. Zdaniem Zamawiającego w zakresie zarzutów nr 1 i 2 odwołania Odwołujący uchybił terminowi do wniesienia odwołania. Zamawiający podniósł, że dla ustalenia terminowości wniesienia odwołania znaczenie mają następujące zdarzenia:

1. W dniu 30 grudnia 2020 r. nastąpiło otwarcie ofert, w tym ujawniono, że ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: OPA-ROW sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Demetrix sp. k. z siedzibą w Piekarach Śląskich (dalej „Wykonawca OPA-ROW”). W ofercie Wykonawcy OPA-ROW znalazł się wymagany dokument tj. Wykaz oferowanych maszyn i urządzeń przewidzianych przy realizacji przedmiotu zamówienia „kluczowe urządzenia”. Od tego dnia wszyscy wykonawcy mogli zapoznać się z treścią ofert;
2. W dniu 8 stycznia 2021 r. Zamawiający zaprosił wszystkich wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej; od tego dnia Wykonawca mógł powziąć informację o zaproszonych do udziału w aukcji. Z uwagi na to, że zaproszeni mogą być jedynie wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu – Odwołujący od tego momentu mógł ustalić, że oferta Wykonawcy OPA-ROW została oceniona jako zgodna z wymaganiami Zamawiającego;

3. W dniu 13 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyniku aukcji wyraźnie wskazując, że 100 punktów (maksymalną wartość) uzyskał Wykonawca OPA-ROW i oferta przez niego złożona jest pierwsza w rankingu ofert;

4. W dniu 20 stycznia 2021 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego pismo, w którym poinformował, że po zapoznaniu się z ofertami złożonymi w postępowaniu uznaje, że Wykonawca OPA-ROW złożył ofertę niezgodną z wymaganiami SIWZ, tj. oferowane przez Wykonawcę OPA-ROW agregaty chłodnicze produkcji Remstat są prototypami, a złożone przez Wykonawcę OPA-ROW oświadczenie, że kluczowe urządzenia były już wcześniej stosowane w układach klimatyzacji centralnej jest oświadczeniem fałszywym. Jak wynika z powyższego Odwołujący już 20 stycznia 2021 r. sformułował identyczne zarzuty jak podniesione w odwołaniu tj. zarzut złożenia fałszywego oświadczenia przez Wykonawcę OPA-ROW oraz zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ ze względu na zastosowanie rozwiązań, które są prototypowe;

5. W dniu 20 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę OPA-ROW do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania, że urządzenia wskazane w ofercie nie są prototypami. W dniu 27 stycznia 2020 r. Wykonawca OPA-ROW przedstawił wyjaśnienia, które w żaden sposób nie ingerowały w treść oferty.

6. W dniu 18 lutego 2021 r. Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą z uwzględnieniem wyników aukcji.

Zamawiający podniósł dalej, że zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) – dalej „ustawa pzp”, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Zdaniem Zamawiającego odwołanie w zakresie zarzutu 1 i 2 jest spóźnione i podlega odrzuceniu. Odwołujący w zarzutach kwestionuje poprawność oferty złożonej przez Wykonawcę OPA-ROW – informacje dotyczące zaoferowanych urządzeń są zawarte w ofercie Wykonawcy OPA-ROW i w żaden sposób nie uległy zmianie od dnia ich otwarcia. Oświadczenie, którego prawdziwość Odwołujący kwestionuje, również było zawarte w ofercie. Odwołujący wiedział więc o podstawie do wniesienia odwołania znacznie wcześniej niż policzony przez niego termin od dnia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W niniejszej sprawie termin do wniesienia odwołania nie wynika z art. 515 ust. 1 ustawy pzp, a zastosowanie znajduje art. 515 ust. 3 ustawy pzp. Zamawiający prowadził bowiem aukcję elektroniczną, zgodnie z art. 91a i 91b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) – dalej „stara ustawa pzp”.

Dalej Zamawiający zauważył, że w zakresie zarzutu nr 3 odwołanie zasługuje na oddalenie, gdyż wbrew twierdzeniom Odwołującego nie doszło do zmiany oferty Wykonawcy OPA-ROW.

Abstrahując jednakże od potencjalnego wyniku postępowania oraz stanowiska Zamawiającego w tym zakresie, Zamawiający wskazał, że wstrzymanie możliwości podpisania umowy powoduje znaczące utrudnienia w prowadzeniu działalności Zamawiającego. Wykonanie przedmiotu zamówienia nt.: „Dostawa i zabudowa Powierzchniowej Stacji Klimatyzacji Centralnej z amoniakalnymi agregatami chłodniczymi i stacją freecoolingu dla potrzeb KWK ROW” jest ukierunkowane na osiągnięcie określonego efektu ekonomicznego oraz poprawy bezpieczeństwa pracy i stanowi ostatni element (po zabudowie urządzeń dołowych oraz układu rurociągów) inwestycji, której celem jest schładzanie powietrza w wyrobiskach podziemnych kopalń. Brak lub opóźnienia w uruchomieniu urządzeń służących do schładzania powietrza w podziemnych wyrobiskach powoduje (zgodnie z przepisami PGiG) konieczność skrócenia czasu pracy pracownika (z tytułu wysokich temperatur), który wynosi 6 godzin (łącznie ze zjazdem i wyjazdem). W efekcie wymusza na kopalni wprowadzenie dodatkowej – czwartej zmiany w ciągu dnia ze średnią liczbą 29 pracowników na zmianę. Aktualnie średni koszt jednego pracownika na ścianie wynosi 556,36 zł. Uruchomienie inwestycji pozwoli zmniejszyć ilość zmian o jedną zmianę (29 pracowników), co przekłada się na oszczędności w wysokości 16 134,00 zł na dobę i 338 814,00 zł na miesiąc, tj.: 4 065 768,00 zł na rok. W celu obniżenia temperatury w podziemnych wyrobiskach górniczych do czasu zakończenia inwestycji, zastosowano czasowe alternatywne rozwiązanie tj. dzierżawę mobilnych urządzeń chłodniczych o mocy min. 2 MW. Powoduje to jednak konieczność ponoszenia kosztu dzierżawy tych urządzeń wynosi 1 928,76 zł /dobę – do czasu uruchomienia urządzeń będących przedmiotem niniejszego zamówienia. Jak wynika z powyższego wstrzymanie prac powoduje znaczące szkody w działalności Zamawiającego, który związany jest porozumieniami o restrukturyzacji oraz wymaganiami związanymi z udzielaną pomocą publiczną. Istnieje więc zagrożenie dla interesu publicznego poprzez uchybienie złożonym zobowiązaniom. Na drugiej szali zaś leży interes Odwołującego, któremu umożliwiono wzięcie udziału w postępowaniu na równych zasadach, w tym złożenie oferty i postąpienie w ramach aukcji elektronicznej, który przedstawił ofertę droższą oraz który uchybił w zakresie zarzutów 1 i 2 terminowi na wniesienie odwołania. W związku z powyższym

wniosek o zawarcie umowy przed wydaniem wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie jest w ocenie Zamawiającego uzasadniony.

Izba ustaliła, że odwołanie, którego dotyczy wniosek, wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz przepis art. 578 ust. 2 ustawy pzp uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.**

Przepis art. 578 ust. 2 ustawy pzp przyznaje KIO kompetencje do uchylenia generalnego zakazu zawarcia umowy do czasu wydania orzeczenia w sprawie, wyłącznie w sytuacjach wyjątkowych, gdy 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 lub gdy zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Wskazania wymaga, że przepis ten stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 577 ustawy pzp, dlatego też nie może być interpretowany w sposób rozszerzający.

Dla zaistnienia pierwszej przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, konieczne jest wykazanie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia.

Zauważyć należy, że ustawa pzp nie zawiera definicji „interesu publicznego”, a jego treść powinna być konkretyzowana w odniesieniu do danego przypadku. Niemniej jednak, jak wskazano w postanowieniu z dnia 8 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO/W 55/20 interes publiczny nie odnosi się do interesu jednostkowego, czy też określonej grupy ale dotyczy zawsze pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób. Naruszenie interesu publicznego obejmuje sytuacje, gdy skutki określonych działań mają charakter powszechny. Izba popiera stanowisko wyrażone w ww. postanowieniu KIO, w którym wskazano: *„W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1 Konstytucji RP, który wspomina o Rzeczypospolitej jako "wspólnym dobru" wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art.*

*31 ust. 3 Konstytucji RP. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w około 540 aktach prawnych. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym) zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości: bezpieczeństwa prawnego, porządku publicznego, ochrony środowiska, ochrony zdrowia publicznego, ochrony moralności publicznej, wolności i praw innych osób. Analogiczne kryteria zawiera art. 30 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który istnienie interesu publicznego uzasadnia względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej.”*

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że Zamawiający przedstawił argumentację dotyczącą przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp. Odnosząc się do treści wniosku, podnieść należy, że rozpoznając wniosek, o którym mowa w art. 578 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie rozstrzyga o zasadności lub niezasadności wniesionego odwołania, które jest rozpoznawane w ramach odrębnego postępowania odwoławczego. Co istotne, argumentacja Zamawiającego w znacznej mierze dotyczyła kwestii spóźnienia zarzutów odwołania czy też ich niezasadności, których to okoliczności Izba nie rozstrzyga rozpoznając wniosek.

Izba nie przychyliła się natomiast do dalszych twierdzeń Zamawiającego uznając, że nie są one przekonujące i konkretne, a także nie potwierdzają, że opóźnienie w dostawie i uruchomieniu urządzeń służących do schładzania powietrza w podziemnych wyrobiskach spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Przede wszystkim Zamawiający wskazał we wniosku na uciążliwość związaną z organizacją pracy w kopalni oraz na negatywne skutki finansowe po stronie Zamawiającego wynikające z konieczności dzierżawy mobilnych urządzeń chłodniczych. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że konsekwencje niezawarcia umowy, które Zamawiający podnosi, dotyczą wyłącznie interesu własnego Zamawiającego. Uciążliwość organizacyjna po stronie Zamawiającego nie wywołuje negatywnych skutków dla szerszego kręgu i nie ma charakteru powszechnego. Zamawiający wdrożył tymczasowe rozwiązania do czasu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i jest w stanie wykonywać zadania w ramach prowadzonej działalności. Uzasadniając negatywne skutki dla interesu publicznego Zamawiający wskazuje lakonicznie, że „wstrzymanie prac powoduje znaczące szkody w działalności Zamawiającego, który związany jest porozumieniami o restrukturyzacji oraz wymaganiami związanymi z udzielaną

pomocą publiczną. Istnieje więc zagrożenie dla interesu publicznego poprzez uchybienie złożonym zobowiązaniom". Zamawiający nie wyjaśnił konkretnie o jakich zobowiązaniach mowa, nie wskazał także jakie są terminy ich zrealizowania, tym samym nie przedstawił skali problemu. Zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał bezpośredniego wpływu niezawarcia przedmiotowej umowy w określonym terminie na uchybienie przez Zamawiającego zobowiązaniom, w czym Zamawiający upatruje negatywnych konsekwencji dla interesu publicznego.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości i uzasadniają 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.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 2 ustawy pzp, uznając, że przesłanki do uchylecia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylecia zakazu zawarcia umowy.

**Przewodniczący:** .....