

Sygn. akt: KIO/W 60/21

POSTANOWIENIE
z dnia 21 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 21 czerwca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 16 czerwca 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie z siedzibą w Krakowie przy ul. Reymonta 20 (30-059 Kraków) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na *wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych i nasadzeń zieleni w ramach projektu budżetu obywatelskiego pn. „Młynówka Królewska najdłuższy park w Polsce!”* (znak sprawy: NP.26.2.11.21.UK)

postanawia:

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

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie (zwany dalej: „zamawiającym”) w dniu 16 czerwca 2021 r. działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2019), zwanej dalej „Pzp”, w związku z odwołaniem wniesionym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu oraz J. O. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Apis J. O. z siedzibą w Jarosławiu (zwanych dalej: „odwołującym”), złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, której dotyczy postępowanie.

W uzasadnieniu wniosku zamawiający wyjaśnił, że wystąpienie z wnioskiem o zgodę na udzielenie zamówienia przed wyrokiem Izby jest wskazane, gdyż występują przesłanki

wskazane w art. 578 ust. 2 Pzp. W szczególności dalsze opóźnienie może doprowadzić do braku możliwości udzielenia zamówienia w ogóle, braku możliwości rozliczenia zamówienia lub znacznego wzrostu kosztów względem cen ofert w postępowaniu, a odwołanie zostało złożone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje między innymi instalację urządzenia zabawowego statek, czyli urządzenia objętego prawami wyłącznymi zewnętrznego dostawcy. Zakup wskazanego urządzenia stanowi główny składnik ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Im dalej od upływu terminu składania ofert tym większa szansa na wzrost ceny urządzenia u dostawcy, do tego stopnia, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego może być nieopłacalne dla Wykonawców. W konsekwencji zamawiający może być zmuszony do unieważnienia postępowania, gdyż ceny oferowane przez wykonawców staną się, na skutek działań odwołującego, rażąco niskie. Jest to realne zagrożenie, a faktem obecnie notoryjnym jest aktualny istotny wzrost cen stali, materiałów budowlanych i innych usług z tym związanych. W szczególności ceny urządzenia wzrosły o 5% od początku roku, a cena urządzenia dla wykonawcy Flora Sp. z o.o. Sp. k., której oferta została uznana za najkorzystniejszą jest gwarantowana tylko do końca czerwca (dowód: korespondencja mailowa z firmą Kompan; pismo z dnia 9 czerwca 2021 r. wraz z tłumaczeniem), przekazana przez zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Spodziewany jest bardziej drastyczny wzrost cen w drugiej połowie roku.

Należy również zauważyć, iż produkcja urządzenia zabawowego – statek trwa około 6 miesięcy, a wobec zwiększonej ilości zamówień może jeszcze się wydłużyć. Okoliczność ta pozostaje poza wpływem wykonawców. Im dłużej zamawiający będzie zwlekał z zawarciem umowy, tym mniejsza szansa na wykonanie i rozliczenie zamówienia w tym roku kalendarzowym i rozliczeniowym.

Ponadto zamawiający wskazał, że na dzień dzisiejszy nie może przenieść środków zarezerwowanych na przedmiot zamówienia udzielanego w postępowaniu na kolejny rok, co może okazać się konieczne w wyniku przedłużającego się postępowania. W przypadku braku środków w roku przyszłym nie będzie mógł zawrzeć umowy z prawidłowo wyłonionym w postępowaniu wykonawcą.

Jednocześnie zamawiający zauważył, iż odwołanie jest pozorne, bez szans na uwzględnienie w całości, gdyż okoliczności podnoszone przez odwołującego były już przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a odwołujący dopuścił się dalszych naruszeń skutkujących koniecznością wykluczenia go na podstawie przepisów art. 109 ust. pkt) 8 i 10 Pzp. W odniesieniu do pozorności odwołania zamawiający podkreślił, że naruszenie obowiązków zawodowych przez odwołującego zostało stwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w orzeczeniu z dnia 23 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 551/21.

Zamawiający wyjaśnił, że termin składania ofert w toczącym się aktualnie postępowaniu upłynął 30 marca 2021 r. Mimo to odwołujący nie poinformował o tym fakcie zamawiającego, a nawet w praktyce wraz z ofertą złożył oświadczenie przeciwne. Również 30 marca 2021 r. odwołujący został wykluczony przez zamawiającego z postępowania pn. „Rewaloryzacja Parku im. Wojciecha Bednarskiego”, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie (znak sprawy: 105/2020) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. (Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zm.). Normy wynikające z tego przepisu nakazują zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Wykluczenie zostało oparte o te same okoliczności faktyczne, co wskazane przez zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego w niniejszym postępowaniu. Zamawiający dodał, iż na opisaną wyżej decyzję zamawiającego z 30 marca 2021 r. nie zostało złożone odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, ani nie zostały podjęte przez odwołującego inne środki zaradcze przewidziane przez prawo zamówień publicznych. Decyzja zamawiającego z dnia 30 marca 2021r. jest, więc ważna i zachowuje aktualność, a okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji przez odwołującego należy uznać za przyznaną. Przepisowi art. 24 ust. 1 pkt 16) z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych odpowiada art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp. Zgodnie z art. 111 pkt 5) Pzp sankcje wynikające art. 109 ust. 1 pkt 8) znajdują zastosowanie przez okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Co oczywiste, 2 lata nie upłynęły ani od złożenia nieprawdziwych oświadczeń przez odwołującego w postępowaniu 105/2020, ani tym bardziej w toczącym się postępowaniu.

Według zamawiającego z uwagi na opóźnienie w zawarciu umowy może dojść do sytuacji, w której zamawiający będzie zmuszony do unieważnienia postępowania lub w ogóle nie udzieli zamówienia w przewidywanym zakresie. Spełniona jest więc przesłanka do wnioskowania o uchylenie zakazu zawarcia umowy określona w art. 577 ust. 2 pkt 1) Pzp. Zdaniem zamawiającego odwołujący oczywiście zdaje sobie sprawę z okoliczności przytoczonych niniejszym pismem.

Zdaniem Zamawiającego odwołanie należy uznać za złożone wyłącznie w celu opóźnienia udzielenia zamówienia w postępowaniu, a także w celu uniemożliwienia udzielenia zamówienia, a tym samym spełniona jest również przesłanka z art. art. 577 ust. 2 pkt 2) Pzp. Wobec powyższego, zamawiający wniósł jak w petitum.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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.

Instytucja uchylecia zakazu zawarcia umowy ma charakter wyjątkowy jako odstępstwo od generalnej zasady zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Oceniając zasadność wniosku Izba nie dokonuje oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu. Izba bada wniosek zamawiającego wyłącznie pod kątem przesłanek uchylecia zakazu zawarcia umowy, czyli ocenia, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego oraz, czy negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

W ocenie Izby w okolicznościach sprawy nie zaszyły 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

Jeśli chodzi o kwestię dotyczącą definicji „interesu publicznego” Izba w całości popiera i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone w postanowieniach z dnia 8 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO/W 55/20, z dnia 15 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO/W 25/21 oraz z dnia 30 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO/W 35/21, w których w następujący sposób odniosła się do ww. pojęcia:

„Pojęcie „interesu publicznego” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Niemniej jednak interes publiczny zawsze dotyczy pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się natomiast do interesu jednostkowego, czy też określonej grupy. Z jego naruszeniem mamy zatem do czynienia w przypadku, gdy skutki określonych działań będą miały powszechny charakter.

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 ocenie Izby zamawiający w uzasadnieniu do złożonego wniosku nie wskazał na żadną z powyżej opisanych wartości. Ponadto Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w postępowaniu, którego dotyczył wniosek, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Zamawiający wskazywał co najwyżej na własny interes w uchyleniu zakazu zawarcia umowy w przedmiotowej sprawie lub na interes wykonawcy zgłaszającego przystąpienie w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego (powołując się na załączony do wniosku dokument). W żaden sposób interesu zamawiającego czy też interesu innego wykonawcy w postępowaniu nie można utożsamiać z interesem publicznym, w kontekście przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy. W tym zakresie Izba uznała za niestuszną argumentację zamawiającego dla wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, którego podstawą prawną był art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp, ponieważ zamawiający nie wykazał, że brak udzielenia zamówienia, czyli niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Wobec braku wykazania przez zamawiającego negatywnych skutków dla interesu publicznego, Izba była zobowiązana respektować konieczność ochrony innych interesów, które ewentualnie mogłyby doznać uszczerbku.

Izba zważyła, że zamawiający nie wykazał także, aby odwołanie 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. Sytuacja taka nie zaszła w okolicznościach sprawy. Odwołanie wniesione przez odwołującego było 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.

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

W podsumowaniu Izba stwierdziła, że argumentacja zamawiającego zaprezentowana w przedmiotowym wniosku skupiła się w znacznym zakresie na zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu, co nie mogło stanowić podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 Pzp, 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 drugie Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: