Sygn. akt KIO/W 2/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 15 stycznia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Michał Pawłowski

Małgorzata Rakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 stycznia 2024 roku wniosku z dnia 10 stycznia 2024 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego Gminę Miejską Ostróda

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego”

postanowiła:

uchyla zakaz zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego”.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Ostróda prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego.

W dniu 10 stycznia 2024 roku (prezentata na piśmie) pismem z dnia 10 stycznia 2024 roku skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu pod nazwą Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00518748/01 dnia 28 listopada 2023 r.

Zamawiający podał, że nie zawarcie 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, co wypełnia przesłankę uchylenia zakazu zawarcia umowy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zamawiający wskazał, że odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Zamawiający zwrócił się jednocześnie z wnioskiem ewentualnym o odrzucenie odwołania, ponieważ Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego na terenie miasta Ostróda. Umowa z dotychczasowym Wykonawcą tego zadania skończyła się w dniu 31.12.2023 r. Zamawiający wszczął postępowanie w celu wyboru Wykonawcy na kolejny okres w dniu 28.11.2023 r., czyli z odpowiednim wyprzedzeniem umożliwiającym przeprowadzenie procedury wyboru Wykonawcy. Zapewnienie należytego stanu urządzeń oświetlenia ulicznego, w tym usuwanie awarii tegoż oświetlenia leży w interesie publicznym.

Negatywnym skutkiem dla interesu publicznego, który powstanie ze względu na nie zawarcie umowy jest obniżenie w znacznym stopniu bezpieczeństwa mieszkańców miasta Ostróda, w szczególności uczestników ruchu drogowego. W okresie zimowym w Polsce noce są

dłuższe od dni, co sprawia, że oświetlenie uliczne jest elementem koniecznym w celu zapewnienia bezpieczeństwa, czy to kierowcom samochodów i innych pojazdów, czy też pieszym poruszającym się po chodniku. Podczas złych warunków atmosferycznych, oświetlenie drogowe, znacząco podnosi poziom bezpieczeństwa na drodze i zmniejsza ryzyko niebezpiecznych sytuacji. Jednocześnie wiele urządzeń oświetlenia ulicznego, pomimo należytej konserwacji, uzasadnia ryzyko awarii, dlatego istotnym elementem jest konieczność niezwłocznej reakcji na takie sytuacje.

Wyżej wymienione negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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.

Jednocześnie, w ocenie Zamawiającego, odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W pierwszej kolejności Gmina wyjaśnia, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej oraz zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Informację, że Zamawiający wszczął postępowanie w trybie konkurencyjnym (a w konsekwencji zamierza wybrać ofertę najkorzystniejszą oraz zawrzeć umowę), Odwołujący powziął w dniu 28.11.2023 r.. W dniu 05.12.2023 r. Energa Oświetlenie Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynność

wszczęcia postępowania w trybie podstawowym (oraz zaniechanie przez Zamawiającego wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki).

Odwołujący wniósł odwołanie od:

„1. niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności Zamawiającego, polegającej na ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, określonym w przepisach art. 275 pkt 1 p.z.p., w sytuacji gdy Energa Oświetlenie Sp. z o. o. będąca właścicielem i jedynym dysponentem majątku oświetleniowego, przyłączonego do majątku oświetleniowego Gminy Miasta Ostróda, nie wyraża zgody, aby utrzymanie, konserwację i eksploatację infrastruktury podłączonej do tejże sieci prowadził podmiot trzeci (wykonawca, wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego);

2. niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu w powyższych okolicznościach ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) p.z.p., mimo że usługi mogą być w tym przypadku świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z uwagi na ochronę praw

wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, a przy tym nieistnienia rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub rozwiązana zastępczego dla wykonania zamówienia.”.

Odwołanie z dnia 05.12.2023 r. zostało odrzucone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO 3672/23), jako złożone po terminie.

W dniu 09.01.2024 r. Energa Oświetlenie Sp. z o.o. wniosła odwołanie od:

„1. niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, tj. oferty Przedsiębiorstwa Robót Elektrycznych i Technicznych EL-TRONIC sp. z o.o. z/s w Ostródzie, określonym w przepisach art. 275 pkt 1 p.z.p., w sytuacji gdy Energa Oświetlenie Sp. z o. o. będąca właścicielem i jedynym dysponentem majątku oświetleniowego, przyłączonego do majątku oświetleniowego Gminy Miejskiej Ostróda, nie wyraża zgody, aby utrzymanie, konserwację i eksploatację infrastruktury podłączonej do tejże sieci prowadził podmiot trzeci (wykonawca wyłoniony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego); 2.niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze nieodpowiedniego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci trybu podstawowego i zaniechaniu w powyższych okolicznościach ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) p.z.p., mimo że usługi mogą być w tym przypadku świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z uwagi na ochronę praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, a przy tym nieistnienia rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub rozwiązana zastępczego dla wykonania zamówienia”.

W ocenie Gminy ten sam Odwołujący ponownie wniósł odwołanie, w tym samym postępowaniu, powołując się na okoliczności, co do których Krajowa Izba Odwoławcza Postanowieniem z dnia 14 grudnia 2023 r. (sygn. akt KIO 3672/23), już rozstrzygnęła że są spóźnione.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący mimo, że miał takie prawo nie złożył oferty w postępowaniu, nie zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie oferty wybranego w postępowaniu Wykonawcy, a w treści odwołania mimo, że dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w żaden sposób nie zakwestionował możliwości wyboru tej oferty, występując wyłącznie z wnioskiem, który był formułowany również w odwołaniu z dnia 05.12.2023 r., o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na okoliczności wskazane już w odwołaniu z dnia 05.12.2023 r..

Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego, zarzuty podniesione w odwołaniu z dnia 09.01.2024 r. mają charakter pozorny, są w całości spóźnione, a odwołanie ma na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy.

Jednocześnie Zamawiający uważa, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, spór pomiędzy Gminą, a Odwołującym dotyczy własności urządzeń oświetlenia ulicznego będących przedmiotem umowy zawartej z wykonawcą wybranym w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, w sytuacji w której hipotetycznie (czemu Zamawiający zaprzecza) część urządzeń oświetlenia ulicznego byłaby własnością Odwołującego. W ocenie Zamawiającego spór ten powinien być rozstrzygnięty przez Sąd Powszechny, a nie Krajową Izbę Odwoławczą. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wnosi o skierowanie sprawy na posiedzenie niejawne Krajowej Izby Odwoławczej celem wydania postanowienia w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed rozstrzygnięciem odwołania. Zamawiający wnioskuje o niezwłoczne powiadomienie pocztą e-mail o treści postanowienia Izby z uwagi na pilność udzielenia zamówienia. Ewentualnie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, ponieważ Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego.

Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 578 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „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.

Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest zatem – tak samo jak miało to miejsce, gdy obowiązywała ustawa Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 roku – wyjątkiem od

zasady wynikającej 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 – który to wyjątek nie może być wykładany rozszerzająco.

Izba w tym miejscu zaznacza, że zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający obowiązany jest do wykazania spełnienia co najmniej jednej z przesłanek z ww. artykułu tj. wskazanej w punkcie 1 lub 2.

W rozpoznawanej sprawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający wskazał w uzasadnieniu wniosku na zaistnienie obu ww. przesłanek.

Wynikający z przepisów prawa zakaz zawarcia przez Zamawiającego umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wynika z faktu wniesienia odwołania w dniu 9 stycznia 2024 roku przez Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie.

Izba stwierdziła, dla wypełnienia przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego, że nie zawarcie umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie mogłoby godzić w interes publiczny, w stopniu przewyższającym 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.

Wymaga wskazania, że pojęcie „interesu publicznego" w polskim prawodawstwie nie zostało zdefiniowane (brak definicji legalnej), jednakże jego znaczenia można i należy poszukiwać w orzecznictwie, np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2016 roku, sygn. akt V CSK 588/17, wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 2 lutego 2017 roku sygn. akt II FSK 4126/14, wyrok z dnia 17 lipca 2009 r., II FSK 2137/08 oraz Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 września 2005 r., IV SA/Wa 671/05 i wyrok z dnia 2 czerwca 2008 r., II SA/Wa 2125/07.

Wymaga również podkreślenia, że omawiana przesłanka warunkująca uchylenie zakazu zawarcia umowy pozostała niezmienna w stosunku do obowiązujących, a uchylonych

przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 roku, co oznacza, że w tym zakresie pozostaje aktualne orzecznictwo wydane pod rządami ówcześnie obowiązujących przepisów.

W zakresie „interesu publicznego", w odniesieniu do jego ujęcia, szeroko uzasadniając, odnosił się również na przestrzeni lat wielokrotnie Trybunał Konstytucyjny, tak np.: Wyrok TK z dnia 8 kwietnia 1998 r., sygn. K 10/97; Wyrok TK z dnia 8 kwietnia 1998 r., sygn. K 10/97; Wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 r., sygn. K 28/97; Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. P. 2/98; Wyrok TK z dnia 25 lutego 1999 r., K 23/98; Wyrok TK z dnia 26 kwietnia 1999 r., sygn. K 33/98; Wyrok TK z dnia 11 maja 1999 r., sygn. K 13/98; Wyrok TK z dnia 14 czerwca 1999 r., sygn. K 11/09; Wyrok TK z dnia 11 kwietnia 2000 r., sygn. K 15/98; Wyrok TK z dnia 29 czerwca 2001 r., sygn. K 23/00; Wyrok TK z dnia 29 stycznia 2002 r., sygn. K 19/01; Wyrok TK z dnia 22 września 2002, sygn. K 19/01; Wyrok TK z dnia 25 listopada 2003 r., sygn. K 37/02; Wyrok TK z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. SK 15/02; Wyrok TK z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. SK 15/03; Wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2004 r., sygn. K 33/03; Wyrok TK z dnia 22 września 2005 r., sygn. Kp 1/05; Wyrok TK z dnia 11 kwietnia 2006 r., sygn. SK 57/04; Wyrok TK z dnia 25 lipca 2006 r., sygn. P 24/05; Wyrok TK z dnia 6 grudnia 2006 r., sygn. SK 5/05; Wyrok TK z dnia 26 marca 2007 r., sygn. K 29/06; Wyrok TK z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. K 39/07; Wyrok TK z dnia 8 lipca 2008 r., sygn. K 45/07.

Klauzula generalna interesu publicznego w kontekście ustawy Prawo zamówień publicznych oraz regulacji odnoszącej się do wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy stanowi możliwość odwołania się przez Zamawiającego stosującego prawo do wartości, które są wspólne i istotne dla danej społeczności. Dokonując oceny wykazania spełnienia przesłanki interesu publicznego w złożonym wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba dokonuje oceny argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego. Wskazać należy na dwie płaszczyzny, których wartości stanowią kluczowy element oceny – pierwszą płaszczyzną jest zasada jaka obowiązuje w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. niemożliwość zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze; drugą płaszczyznę stanowi wyjątek od zasady, tj. podniesienie okoliczności, które w wyniku nie zawarcia umowy spowodowałyby 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 publicznego.

W efekcie, klauzula „interesu publicznego" w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, stanowi przesłankę umożliwiającą ochronę określonych przepisami wartości. Wymaga również zaznaczenia, że treść pojęcia „interesu publicznego" w każdym przypadku będzie zależna

od kontekstu w jakim jest powoływana, okoliczności i sytuacji, w której Zamawiający się na nią powołuje. W orzecznictwie wypełnia się pojęcie „interesu publicznego" przez zdefiniowanie go jako 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 (uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. sygn. akt W 8 /96).

Izba zaznacza, że brak zdefiniowania pojęcia „interesu publicznego" stwarza koniecznym w każdym przypadku, w którym pojęcie to ma znaczenie dla wykładni i oceny spełnienia przesłanek określonej w przepisie normy prawnej odniesienie do miejsca, czasu jak również okoliczności w jakich należy je stosować, co pozwoli na dokonanie oceny czy wartości odnoszące się do ogółu przewyższają 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 ocenie Izby, mając na uwadze powyższe stanowisko, Zamawiający wykazał spełnienie przesłanek określonych w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, których to wykazanie jest niezbędne, aby Izba mogła uchylić zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zamawiający wykazał w ocenie Izby niezbędną konieczność zawarcia umowy i realizacji zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego wskazując, że skutkiem nie zawarcia tej umowy będzie obniżenie w znacznym stopniu bezpieczeństwa mieszkańców miasta Ostróda, w szczególności uczestników ruchu drogowego.

W ocenie Izby Zamawiający słusznie argumentował i uzasadniał, że dla bezpieczeństwa mieszkańców miasta w szczególności w okresie zimowym, gdy dni są krótsze, oświetlenie uliczne jest elementem koniecznym dla bezpieczeństwa zarówno poruszających się pieszych jak również kierowców samochodów oraz innych pojazdów. Położenie geograficzne Polski,

a za tym idące dłuższe godziny zmroku i ciemności, wymagają od podmiotów zarządzających danymi gminami działania w celu zmniejszenia ryzyk jakie mogą występować w ruchu ulicznym. Należy również wskazać, co słusznie podnosił Zamawiający, że okresy zimowe oraz wiosennojesienne szczególnie sprzyjają dodatkowo złym warunkom atmosferycznym, natomiast oświetlenie drogowe w tym czasie znacząco podnosi poziom bezpieczeństwa i zmniejsza ryzyko sytuacji niebezpiecznych czy to z udziałem pieszych czy też różnego rodzaju pojazdów.

Zamawiający zwrócił dodatkowo uwagę na stronę techniczną wskazując na konieczność podejmowania szybkich interwencji w przypadkach awarii. Niezwłoczne reakcje na sytuacje w których dochodzi do jakiejkolwiek awarii powoduje zmniejszenie ryzyka niebezpieczeństwa dla mieszkańców i osób przebywających w Ostródzie.

W ocenie Izby Zamawiający uzasadnił i wykazał, że utrzymanie zakazu zawarcia umowy 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 publicznego bowiem dla ogółu mieszkańców czy to przemieszczających się pieszo czy też przy pomocy różnych pojazdów, w szczególności w tym okresie zimowym, kiedy szybko robi się ciemno oraz pogoda przynosi różnego rodzaju opady ograniczające widoczność, kwestia utrzymania oświetlenia ulicznego ma znaczenie priorytetowe. Wymiar negatywnych skutków dla interesu publicznego mierzony, w tym wypadku może być w warstwie bezpieczeństwa całej społeczności, mieszkańców i osób przebywających na terenie Ostródy. Dotkliwe skutki nie zawarcia umowy dotyczyć będą każdego mieszkańca Ostródy, jak również osób przebywających w Ostródzie, a nawet tych, którzy są tam tylko przejazdem.

Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli: zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Na wstępie rozważań w zakresie wykazania spełnienia ww. przesłanek Izba wskazuje, że rozpatrując wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ostatecznym rozstrzygnięciem wniesionego odwołania, Izba nie rozpoznaje merytorycznie zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a treść odwołania może mieć jedynie znaczenie w kontekście ogółu okoliczności danej sprawy. Tym samym, postanowienie

w sprawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie ma charakteru "przedsądu". W tym zakresie zachowują swoją aktualność poglądy jakie były przedstawiane na kanwie art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku.

W tej sprawie Izba uznała wniosek Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy, ponieważ odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, za zasadny. W ocenie Izby Zamawiający uprawdopodobnił, że Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie zmierza wyłącznie do uniemożliwienia zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu zasadnym jest odniesienie się do problematyki uprawdopodobnienia przez Zamawiającego zmaterializowania się ww. przesłanki. W celu, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie w sprawie o sygn. akt VIII Gz 133/15 w odniesieniu do treści art. 243 Kodeksu Postępowania Cywilnego, sąd ten wskazał co stanowi istotę uprawdopodobnienia: "Uprawdopodobnienie oznacza uzasadnienie zgłoszonych twierdzeń {...}, dające przekonanie o ich prawdopodobieństwie, będące wynikiem postępowania zmierzającego do poznania rzeczywistości, ale bez zachowania szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym". Sąd wyjaśnił, że "Różnica między uprawdopodobnieniem i

udowodnieniem sprawdza się do tego, że przy uprawdopodobnieniu zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne. Uprawdopodobnienie zaś pojmowane jako środek zastępczy dowodu w ścisłym znaczeniu nie daje pewności, a wyłącznie prawdopodobieństwo twierdzenia o jakimś fakcie. Jest to środek zwolniony od formalizmu zwykłego postępowania dowodowego, jednakże od swobodnej oceny sądu zależy uznanie, czy dokonane na podstawie uprawdopodobnienia ustalenia są na tyle wiarygodne, by na tej podstawie można było uznać za uprawdopodobnione fakty, na które strona się powołuje".

Zamawiający wskazał, że Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie nie złożyła oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Bieżąca konserwacja, naprawy i utrzymanie oświetlenia ulicznego i parkowego. To w sposób jednoznaczny uprawdopodobnia, że działanie ww. podmiotu tj. wniesienie odwołania ma na celu jedynie uniemożliwienie zawarcia umowy przez Zamawiającego z wybranym w postępowaniu wykonawcą. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej przysługują w postępowaniu wykonawcy, który ma lub miał interes oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Przy czym wykonawcą, zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy, jest na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej – a na tym etapie jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w którym zostało złożone odwołanie – jest osoba fizyczna, osoba

prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która złożyła ofertę w postępowaniu.

Natomiast w odniesieniu do argumentacji Zamawiającego odnoszącej się do treści odwołania i podnoszonych zarzutów odwołania spójnych z argumentacją z odwołania z dnia 5 grudnia 2023 roku (sygn. akt KIO 3672/23) w ocenie Izby Zamawiający słusznie wskazał, że obecnie podniesione zarzuty odwołania sprowadzają się do kwestionowania wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. trybu konkurencyjnego. Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie kwestionowała już powyższe okoliczności w ww. sprawie odwoławczej, jednakże odwołanie zostało odrzucone, a termin na wniesienie odwołania od treści specyfikacji warunków zamówienia upłynął.

Kwestionowanie w zarzutach odwołania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, przy jednoczesnym braku złożenia oferty przez Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie, z uwzględnieniem całej powyżej przedstawionej argumentacji w ocenie Izby, z poziomu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych, stanowi działanie Energa Oświetlenie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie nakierowane jedynie na uniemożliwienie zawarcia umowy Zamawiającemu. Słusznie również wskazał Zamawiający, że do rozstrzygnięcia sporu odnoszących się do własności urządzeń oświetlenia ulicznego właściwe są inne podmioty.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że utrzymanie zakazu zawarcia umowy 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 publicznego, jak również Zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał spełnienie przesłanek określonych w art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, których to wykazanie jest niezbędne, aby Izba mogła uchylić zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy na postanowienie Izby nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: ……..