

Sygn. akt: KIO/W 3/24

POSTANOWIENIE z dnia 15 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Magdalena Rams

Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 stycznia 2024 r. w Warszawie wniosku z dnia 10 stycznia 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego: Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Roboty pogłębiarskie na rzece Elbląg, Etap IV – Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”

postanawia:

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

Sygn. akt: KIO/W 3/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni – pismem z dnia 10 stycznia 2024 r., na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą P.z.p.”, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Roboty pogłębiarskie na rzece Elbląg, Etap IV – Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”.

Zamawiający wniósł o:

- I. uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Roboty pogłębiarskie na rzece Elbląg, Etap IV – „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”.
- II. rozpoznanie wniosku w terminie 5 dni, zgodnie z art. 578 ust. 4 ustawy P.z.p., tj. do dnia 15 stycznia 2024 roku,
- III. dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania, na okoliczności wskazane w treści odwołania w tabeli w akapicie 2,
- IV. dołączenie protokołu posiedzenia i rozprawy postępowania sygn. akt KIO 3576/23 i dopuszczenie dowodu z tego postępowania na okoliczność, że odwołujący konsorcjum NDI Sopot S.A. oraz NDI S.A. domagał się, w ramach ochrony swojego interesu w niniejszym postępowaniu, unieważnienia postępowania,
- V. przesłanie zamawiającemu zapadłego rozstrzygnięcia również poprzez epuap względnie drogą mailową na adresy: M. oraz

Zamawiający wskazał na następującą chronologię wydarzeń w przedmiotowym postępowaniu:

- 23 listopada 2023 r. – zamawiający unieważnił postępowanie i zaprosił wykonawców do negocjacji, wyznaczając termin na dzień 30 listopada 2023 roku,

- 28 listopada 2023 r. – wykonawca Konsorcjum NDI S.A. i NDI Sopot S.A. (dalej: „NDI”) złożył wniosek o zmianę terminu na dzień 7 grudnia 2023 roku; zamawiający nie uwzględnił wniosku;
- 30 listopada 2023 r. – zamawiający przeprowadził negocjacje ze wszystkimi wykonawcami,
- 5 grudnia 2023 r. – zamawiający opublikował SWZ i zaprosił do składania ofert ostatecznych, wyznaczając termin na 18 grudnia 2023 roku,
- 14 grudnia 2023 r. – wpłynęło odwołanie NDI na postanowienia SWZ dotyczące terminu realizacji zamówienia; sprawa rozpoznana przez Izbę pod sygnaturą akt KIO 3576/23,
- 18 grudnia 2023 r. – termin składania ofert; zamawiający pozyskał oferty od trzech

wykonawców,

- 22 grudnia 2023 r. – zamawiający rozstrzygnął postępowanie, uznając za najkorzystniejszą ofertę konsorcjum

FABE Polska Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwa Robót Czerpalnych i Podwodnych sp. z o.o. (dalej: „FABE”),

- 29 grudnia 2023 r. – wyrok KIO 3576/23 oddalający odwołanie NDI,
- 2 stycznia 2024 r. - wpłynęło odwołanie NDI i odwołanie FABE,
- 3 stycznia 2024 r. - zamawiający złożył wniosek o przyspieszenie terminu rozpoznania sprawy.

Zamawiający oparł wniosek na obu alternatywnych podstawach wskazanych w art. 578 ust. 2 ustawy P.z.p.

W zakresie podstaw uchylenia zakazu zawarcia umowy zawartych w art. 578 ust. 2 pkt

- 1 ustawy P.z.p. zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia obejmującego ostatnią część tzw. „Przekopu Mierzei Wiślanej”. Istotne dla interesu publicznego okoliczności:

1. Zamawiający wszczął pierwotne postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego 14 września 2023 roku;
2. Zamierzone w zamówieniu roboty czerpalne prowadzone mają być w miejscu, w którym kontraktowo do dnia 31 grudnia 2023 roku roboty w zakresie obudów brzegów miał wykonać inny wykonawca (Budimex S.A.) – obecnie roboty te są na ukończeniu;
3. Wszczęcie postępowania nastąpiło z należyтым wyprzedzeniem, nie sposób było ogłosić go wcześniej nie tylko zważywszy na jego przedmiot, ale również uwzględniając okoliczność, że zamawiający musiał mieć pewność, że będzie mógł udostępnić teren budowy wykonawcom wyłonionym w przedmiotowym postępowaniu (terenem budowy jest rzeka Elbląg, wykonawca Budimex S.A. przed wrześniem 2023 roku pozostawał w znaczącym opóźnieniu w stosunku do harmonogramu);
4. Zamówienie finansowane jest z Programu Wieloletniego przyjętego uchwałą Rady Ministrów z terminem obowiązywania 31 grudnia 2024 roku (innymi słowy, zamawiający ma zapewnione finansowanie do końca 2024 roku); procedura zmiany Programu w zwykłych okolicznościach politycznych zajmuje około pół roku. Zamawiający nie ma możliwości zaciągnięcia zobowiązania umownego na okres dłuższy aniżeli ma zapewnione finansowanie z Programu Wieloletniego, tj. do końca 2024 roku;
5. Zamawiający pozyskał oferty w pierwotnym postępowaniu powyżej posiadanego budżetu; po analizie możliwości finansowych (ewentualne oszczędności, przesunięcia itp. – zamawiający miał możliwość zwiększenia budżetu, ale nie do poziomu najniższej ceny w pierwotnym postępowaniu). Zamawiający posiadając dwie alternatywy:
 - a. unieważnienie i powtórzenie całego postępowania wraz z procedurą zmiany Programu (co w praktyce oznaczałoby przesunięcie minimum na czerwiec / lipiec 2024),
 - b. próbę zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem celem rozpoznania w dialogu z wykonawcami możliwości obniżenia cen, przy utrzymaniu terminu końcowego 20 listopada 2024 roku wybrał opcję (b), co okazało się właściwym wyborem, albowiem po przeprowadzeniu negocjacji i skorygowaniu SWZ wszyscy wykonawcy złożyli oferty ostateczne, a dwie z tych ofert są poniżej budżetu zamawiającego;
6. zgodnie z zapisami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach z dnia 5 grudnia 2018 roku: w okresie od 1 marca do 31 sierpnia należy całkowicie zaniechać robót czerpalnych;

uwzględniając, że poprzedni wykonawca miał zakończyć roboty do dnia 31 grudnia 2023 roku; roboty w zamówieniu pierwotnym, jak i obecnym można było prowadzić od 1 stycznia 2024 do 29 lutego 2024 roku oraz od 1 września 2024 do 20 listopada 2024 (termin końcowy zamówienia),

7. wykonawcy w toku negocjacji potwierdzili wykonalność przedmiotowego zamówienia, zwracając uwagę, że z uwagi na ograniczenia decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, należy jak najszybciej rozstrzygnąć postępowanie i zawrzeć umowę celem umożliwienia wykonania jak największego zakresu do końca lutego 2024 roku;
8. dzień po wniesieniu odwołań, zamawiający złożył wniosek o przyspieszenie rozpoznania sprawy;
9. wg informacji posiadanych przez zamawiającego, obecnie Izba została zasypana odwołaniami, sprawie nie nadano jeszcze sygnatury, a szanse na uzyskanie rozstrzygnięcia odwołań, mając również na względzie zmniejszoną obsadę z uwagi na ferie zimowe, w terminie umożliwiającym zawarcie umowy w styczniu 2023 są nikłe (termin rozprawy prawdopodobny w tygodniu 22-26 stycznia plus termin publikacji)

Zamawiający podniósł, że zgodnie z treścią art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli: 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.

Mając na względzie zapisy decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, każdy dzień jest „na wagę złota” dla możliwości wykonania zamówienia publicznego w terminie oznaczonym przez zamawiającego datą sztywną 20 listopada 2023 roku. Inwestycja jest inwestycją celu publicznego. O ile umowa nie zostanie zawarta w terminie tygodnia – dwóch, zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, a w przypadku wejścia z postępowaniem w luty 2024 – pewność, że postępowanie trzeba będzie unieważnić z uwagi na brak „okna czasowego” dla wykonania istotnej części robót do końca lutego 2024 roku. O ile zatem umowa nie zostanie zawarta w powyższym terminie, zamawiający będzie zmuszony do unieważnienia postępowania, przesunięcia terminu zakończenia robót minimum na koniec lutego 2025 roku (być może na koniec 2025 roku), wnioskowania o zmianę Programu Wieloletniego do końca 2025 roku, powtórzenia postępowania, które będzie mógł rozstrzygnąć dopiero po zapewnieniu finansowania (zmianie Programu Wieloletniego), zatem uwzględniając procedury odwoławcze, istnieje ryzyko, że

nastąpi to nawet po otwarciu kolejnego w 2024 roku okna czasowego, tj. po 1 września 2024 roku).

Zamawiający stwierdził, że mając na względzie postępujący wzrost cen w budownictwie, w tym znaczący wzrost kosztów pracy w 2024 roku spowodowany istotnym wzrostem płacy minimalnej, ceny w postępowaniu przetargowym prowadzonym w 2024 roku z wykonaniem istotnej części zamówienia w 2025 roku z pewnością będą znacząco wyższe.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu występuje wyłącznie następująca alternatywa:

- a. możliwie szybkie zawarcie umowy,
- b. unieważnienie postępowania.

Powyższe oznacza w praktyce, że o ile zamawiający rychło nie zawrze umowy z wykonawcą, którego ofertę ocenił jak dotychczas najwyżej, tj. z wykonawcą FABE, to postępowanie trzeba będzie unieważnić bez względu na treść orzeczenia Izby. Mając na względzie, że odwołujący NDI kwestionował w poprzednim odwołaniu przez Izbę możliwość wykonania zamówienia do dnia 20 listopada 2024 roku i ważność umowy jeszcze na etapie zaskarżania postanowień SWZ, obecnie rzeczywisty interes tego odwołującego w okolicznościach postępowania nie polega na możliwości uzyskania zamówienia, a w istocie na unieważnieniu postępowania i możliwości ponownego złożenia oferty. W świetle przesłanek z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. i ww. okoliczności, NDI nie ma możliwości uzyskania zamówienia w tym postępowaniu, zatem interes publiczny przemawiający za realizacją zamówienia obejmującego infrastrukturę publiczną w 2024 roku, w cenach z pewnością niższych, jak możliwe do osiągnięcia w ponowionym postępowaniu, w zestawieniu z hipotetycznym interesem NDI polegającym na możliwości uzyskania zamówienia w ponowionym postępowaniu z pewnością jest interesem zasługującym na wyższą ochronę i przeważającym nad tak rozumianym interesem wykonawcy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w postępowaniu sygn. KIO 3576/23, NDI zmodyfikowało żądanie wprost domagając się unieważnienia postępowania, wskazując na niewykonalność zamówienia. Teza i twierdzenie zamawiającego, że interes NDI polega w istocie na unieważnieniu postępowania i tak należy oceniać uszczerbek w interesie NDI w kontekście przesłanek określonych w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. jest zatem wykazana własnymi twierdzeniami odwołującego NDI.

Zamawiający stwierdził, że interes odwołującego FABE, którego oferta została oceniona najwyżej, z oczywistych przyczyn nie doznaje uszczerbku.

Odnosząc się do przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy zawartej w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że wszyscy wykonawcy i obaj odwołujący mają świadomość, że im większe odsunięcie czasowe zawarcia umowy, tym wyższe prawdopodobieństwo niezawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na niemożność wykonania zamówienia w terminie do dnia 20 listopada 2024 roku, z uwagi na terminy prowadzenia robót wynikające z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Odwołujący NDI w kolejności wykonywał następujące czynności zmierzające do przewleczenia postępowania prowadzonego w trybie negocjacyjnym:

1. po otrzymaniu w dniu 23 listopada 2023 roku zaproszenia do negocjacji na dzień 30 listopada, na dwa dni przed terminem negocjacji złożył wniosek o ich przesunięcie do 7 grudnia 2023 roku, motywując to koniecznością zaznajomienia z przedmiotem postępowania, pomimo że przedmiot ten był dokładnie taki sam, jak w pierwotnym postępowaniu. Przesunięcie na 7 grudnia powodowałoby, że zamawiający w praktyce utraciłby nawet teoretyczną możliwość rozstrzygnięcia postępowania przed Świętami Bożego Narodzenia, co z automatu przesunąłoby termin zaskarżenia rozstrzygnięcia postępowania do końca pierwszej dekady stycznia i wyroku Izby najwcześniej z końcem stycznia / początkiem lutego 2024;
2. zaskarżył postanowienia SWZ i umowy, zarzucając niewykonalność zamówienia w terminie określonym przez zamawiającego. Wykonawca liczył na przesunięcie przez zamawiającego terminu składania ofert do czasu wyroku Izby, czyli na efekt jak w pkt. 1 powyżej; odwołujący złożył jednak ofertę, uznając tym samym wykonalność umowy w określonym terminie, jednakże nie wycofał odwołania, modyfikując w toku rozprawy żądanie na unieważnienie postępowania;
3. zaskarżył czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Zamawiający podniósł, że – jak wskazało NDI w postępowaniu KIO 3576/23 – interes tego wykonawcy (oświadczenie złożone w toku rozprawy po terminie składania ofert i po wyborze najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego) polega na unieważnieniu postępowania. W ocenie zamawiającego interes polegający na unieważnieniu postępowania jest tożsamy z przesłanką z art. 578 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., albowiem w istocie zmierza wyłącznie do uniemożliwienia

zawarcia umowy w postępowaniu (oczywiste jest, że w razie unieważnienia postępowania, nie jest możliwe zawarcie umowy).

W ocenie zamawiającego nie tylko uprawdopodobnił on, ale udowodnił twierdzeniami NDI, że ten odwołujący zmierza do unieważnienia postępowania. Gdyby bowiem rzeczywiście ten odwołujący zmierzał do uzyskania zamówienia w postępowaniu, to po złożeniu przez siebie oferty, cofnąłby odwołanie, a nie podtrzymał je i zmodyfikował żądając unieważnienia postępowania. Czynność złożenia oferty, która przecież zmierza wyłącznie do uzyskania zamówienia (i stanowi zobowiązanie wykonawcy) i następnie sformułowane (już po wniesieniu oferty) żądanie unieważnienia postępowania są w oczywisty sposób sprzeczne.

Zamawiający wskazał ponadto, że NDI ma świadomość, że w wyniku ewentualnie pozytywnego dla NDI rozstrzygnięcia postępowania, zamawiający będzie zmuszony do jego unieważnienia. Z oczywistych względów, przesłanka z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. odnosi się do odwołania wykonawcy NDI.

W odniesieniu do odwołania wykonawcy FABE, zamawiający podniósł, że wykonawca ten jest beneficjentem ewentualnego uchylenia zakazu, zatem w odniesieniu do tego odwołania, w ocenie zamawiającego, nie zachodzi w ogóle zagrożenie naruszenia jego interesu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 577 ustawy P.z.p.: W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Z kolei przepis art. 578 ust. 1 ustawy P.z.p. stanowi, iż: Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577. W myśl ust. 2 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.

Wskazane wyżej przesłanki mają charakter samodzielny, co oznacza, że nie muszą być spełnione łącznie.

Wynikający z art. 577 ustawy P.z.p. zakaz zawarcia umowy nie ma zatem charakteru kategoriowego. Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli 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 albo zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Odnosząc się do przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., wskazać należy, że pomimo wagi, jaką posiada zabezpieczenie interesów prywatnych, ustawodawca przewidział przypadki, w których interes publiczny zostanie postawiony wyżej, gdyż ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane przez uniknięcie strat spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego. Dopuszczalność wprowadzenia takiego rozwiązania w polskim porządku prawnym wynika z art. 2 ust. 5 dyrektywy 89/665/EWG, zgodnie z którym Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odpowiedzialny za procedury odwoławcze może wziąć pod uwagę prawdopodobne konsekwencje zastosowania środków tymczasowych dla wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a także dla interesu publicznego, i może podjąć decyzję o niestosowaniu takich środków, jeżeli ich negatywne konsekwencje mogłyby przewyższyć płynące z nich korzyści. Decyzja o niezastosowaniu środków tymczasowych pozostaje bez uszczerbku dla wszelkich pozostałych roszczeń podmiotu wnoszącego o zastosowanie takich środków.

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.

A zatem, aby możliwe było uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, niezbędnym jest wykazanie możliwości zaistnienia negatywnych konsekwencji niezawarcia umowy przynajmniej w jednej ze wskazanych wyżej wartości.

Analizując treść złożonego wniosku Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, dlaczego niezawarcie umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postępowania kończącego postępowanie odwoławcze spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W tym zakresie zamawiający nie przedstawił żadnego argumentu. Twierdzenia zamawiającego zawarte w uzasadnieniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy w istocie sprowadzają się do wykazania, że – z uwagi na brak możliwości rozpoczęcia bądź zrealizowania znacznego zakresu prac przed końcem lutego br. – realizacja całości zakresu prac do wyznaczonego terminu, tj. 20 listopada 2024 roku, może okazać się niemożliwa do wykonania. Zamawiający w żaden sposób nie wykazuje, jaki interes publiczny będzie zagrożony niewykonaniem zadania w terminie. Zawarta we wniosku argumentacja wskazuje, że brak możliwości wykonania zadania w terminie może wywołać negatywne skutki nie w

sferze interesu publicznego, ale interesu zamawiającego, rozumianego jako odczuwaną przez zamawiającego potrzebę osiągnięcia stanu rzeczy, który uznaje za korzystny ze względu na wartości, potrzeby lub cele, które zobowiązany jest realizować.

Izba podkreśla, że powołanie się na przesłankę uchylenia zakazu zawarcia umowy, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem „interes publiczny”, który nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego. Zamawiający ma zatem obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców.

Izba zwraca uwagę, że okoliczności dotyczące negatywnych skutków dla interesu publicznego mają charakter obiektywny i nie powinny być domniemywane przez Izbę na etapie badania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Ogólność twierdzeń zawartych we wniosku nie pozwala na obiektywne i niebudzące wątpliwości ustalenie istnienia negatywnych skutków dla interesu publicznego w przypadku zawarcia umowy po ogłoszeniu wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Podkreślić należy, że instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, może być stosowana w okolicznościach szczególnych oraz gdy spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., nie budzi żadnych wątpliwości. Składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, to zamawiający ma obowiązek wykazać przewagę negatywnych skutków dla interesu publicznego w porównaniu do korzyści związanych z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, zamawiający nie wykazał, iż brak możliwości podpisania umowy z wykonawcą wyłonionym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w postępowaniu, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie nie zachodzi również możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy z powołaniem na art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że w postępowaniu wpłynęły dwa odwołania: odwołanie konsorcjum NDI oraz odwołanie konsorcjum FABE.

Zamawiający, uzasadniając przesłankę wskazaną w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., podniósł, że w postępowaniu o sygn. akt KIO 3756/23, NDI zmodyfikowało żądanie wprost domagając się unieważnienia postępowania, wskazując na niewykonalność zamówienia. Z kolei, w przypadku FABE, zamawiający wskazał, że wykonawca ten jest beneficjentem ewentualnego uchylenia zakazu, zatem w odniesieniu do tego odwołania nie zachodzi w ogóle zagrożenie naruszenia jego interesu.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego Izba wskazuje, że wydaje się, iż dyspozycja art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. dotyczy sytuacji oczywistych, w których już pobieżna lektura treści odwołania wskazuje na jego oczywistą niezasadność.

Z treści złożonych odwołań wynika, że został w nich podniesiony szereg zarzutów, dotyczących spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, które to zarzuty wymagają dogłębnego zbadania oraz przeanalizowania obszernego materiału dowodowego. Stwierdzenie, iż odwołanie wniesione przez wykonawcę NDI zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, mogłoby w konsekwencji naruszyć regulację, z której wynika konieczność rozpoznania odwołania na jawnej rozprawie (art. 545 ust. 1 ustawy P.z.p.).

Wykonawca NDI w złożonym odwołaniu z dnia 2 stycznia 2024 roku nie domaga się unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Okoliczność, że zgłosił takie żądanie w postępowaniu o sygn. akt KIO 3756/23, nie może mieć bezpośredniego przełożenia na uznanie, że odwołanie z dnia 2 stycznia 2024 roku zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Podkreślenia wymaga, że w odwołaniu w sprawie KIO 3756/23 zostały podniesione zarzuty o zupełnie innym charakterze niż w odwołaniu z dnia 2 stycznia 2024 roku. Oferta wykonawcy NDI pozostaje w przedmiotowym postępowaniu i wykonawca ten wciąż ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Jeśli natomiast chodzi o odwołanie wniesione przez wykonawcę FABE, podniesiony przez zamawiającego argument, iż wykonawca ten jest beneficjentem uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, nie jest przesłanką uchylenia zakazu, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p.

W związku z powyższym Izba uznała jak na wstępie postanowienia.