

Sygn. akt: KIO/W 3/22

POSTANOWIENIE z dnia 18 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 18 lutego 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 15 lutego 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego:

Małopolską Agencję Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zabudowy oraz organizację stoiska targowego na targach MWC Barcelona, odbywających się w dniach 28 lutego – 3 marca 2022 r., w ramach projektu Power up Your Business in Małopolska 3

postanawia:

uchyla zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Zamawiający, działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) (dalej: „ustawa Pzp”) oraz w związku z wniesieniem w dniu 14 lutego 2022 r. odwołania przez wykonawcę Cristal Travelnet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elku, wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 577 ustawy Pzp.

Uzasadniając złożony wniosek zamawiający wskazał, co następuje: W dniu 19 stycznia 2022 r. zamawiający ogłosił postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie zabudowy oraz

organizacja stoiska promującego Województwo Małopolskie na targach MWC w Barcelonie, odbywających się w dniach 28 lutego do 3 marca 2022 r. Wartość zamówienia została ustalona w oparciu o przeprowadzone w dniach 15 grudnia 2021 r. – 4 stycznia 2022 r. oszacowanie rynku i wyniosła 126.477,87 zł. Zamawiający z uwagi na fakt, że finansowanie zamówienia opiera się na środkach publicznych, pochodzących z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020, poddziałanie 3.3.1, projekt Power up Your Business in Małopolska 3, zdecydował o przeprowadzeniu postępowania na podstawie ustawy Pzp. W dniu 27 stycznia 2022 r. odbyło się otwarcie ofert. Do postępowania wpłynęło 5 ofert. Dwie z ofert wzbudziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, z czego jedna oferta z uwagi na niedochowanie warunków formalnych (brak podpisu elektronicznego) została odrzucona. Drugi z wykonawców – OMDEXPO Polska Sp. z o.o. – został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy wpłynęły w terminie. Po ich zbadaniu zamawiający uznał, że oferta tego wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą i w dniu 2 lutego 2022 r. ogłosił wyniki postępowania. Odwołujący, którego oferta została oceniona jako druga w kolejności, wniósł o udostępnienie całości oferty OMDEXPO Polska Sp. z o.o. W dniu 4 lutego 2022 r. odwołujący wniósł do zamawiającego pismo, w którym zarzucił zamawiającemu ogólnikowość i niedokładność w analizie złożonych przez OMDEXPO Polska Sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający, działając w oparciu o zasady prawa zamówień publicznych wyrażone w art. 16 ustawy Pzp oraz dążąc do spełnienia oczekiwań odwołującego i rozwiania jakichkolwiek wątpliwości – w dniu 7 lutego 2022 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie w dniu 7 lutego 2022 r. wezwał OMDEXPO Polska Sp. z o.o. do doprecyzowania złożonych w sprawie wyjaśnień zgodnie z elementami, o których odwołujący napisał w zgłoszonych 4 lutego 2022 r. zastrzeżeniu. OMDEXPO Polska Sp. z o.o. przedłożyło wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem zamawiającego w dniu 9 lutego 2022 r., tym samym „odpowiadając” na wszystkie kwestie dotyczące ceny oferty, które były zgłoszone w zastrzeżeniu odwołującego. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia dotyczące ceny oferty OMDEXPO Polska Sp. z o.o. nie budzą już żadnych wątpliwości (tym bardziej, że doprecyzowanie dotyczyło elementów wskazanych w zastrzeżeniu odwołującego) i w konsekwencji w dniu 9 lutego 2022 r. ogłosił wyniki postępowania. W dniu 14 lutego 2022 r., o godz. 14:50, na platformę zamawiającego wpłynęło odwołanie od Cristal Travelnet Sp. z o.o.

Uzasadniając zaistnienie podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający wskazał, że Małopolska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. (MARR S.A.) to spółka, której głównym akcjonariuszem posiadającym 88,79% akcji jest Województwo Małopolskie. MARR S.A. została powołana w celu

prowadzenia działalności wspierającej rozwój regionu Małopolski między innymi przez jego popularyzację i współdziałanie z jednostkami samorządu terytorialnego. Środki finansowe na zrealizowanie niniejszego przedmiotu zamówienia jak i wszystkich innych aspektów związanych z uczestnictwem Małopolski w targach MWC w Barcelonie są środkami publicznymi, pochodzącymi z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020, poddziałanie 3.3.1, projekt Power up Your Business in Małopolska 3. Znaczenie udziału zamawiającego w targach międzynarodowych jest bezdyskusyjne z perspektywy rozwoju regionu Małopolski zwłaszcza po okresie pandemii, która spowodowała faktyczne zamknięcie możliwości rozwoju dla polskich przedsiębiorców na arenie europejskiej. W związku z organizacją udziału zamawiającego w targach od dłuższego czasu były podejmowane konkretne działania zarówno przez MARR S.A. jak i przez polskie przedsiębiorstwa. W tym celu zostały także poniesione

nakłady finansowe pochodzące z unijnych źródeł finansowania. 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. Interes publiczny w tym przedmiocie sprawy nie stanowi tylko interesu jednostkowego, ale odnosi się do szerszego ogółu, jakim jest Województwo Małopolskie. Udział w targach w Barcelonie, jednej z największych imprez branży ICT na świecie, ma za zadanie promowanie na arenie międzynarodowej nie tylko regionu, a tym samym obywateli tego regionu, ale także Rzeczypospolitej, która określana jest w Konstytucji RP, jako „dobro wspólne”. Brak zawarcia umowy związanej z budową stoiska Małopolski na targach to uniemożliwienie tysiącom firm z branż IT i nowych technologii poznania możliwości przedsiębiorców z Polski. Takie kontakty są z perspektywy prowadzenia biznesów nie do przecenienia i zawsze znajdują odzwierciedlenie w statystykach odnoszących się do rozwoju gospodarczego województwa oraz regionu. W trakcie targów MWC 2022 na stoisku Małopolski zaplanowano m.in. organizację „Dnia Polskiego” z udziałem Konsulatu RP w Katalonii, przedstawicieli PAIH w Hiszpanii oraz gości z europejskich instytucji regionalnych. Przed targami zaplanowano sesję szkoleniową dla przedsiębiorców z Polski, uczestników targów. Zarówno w 2018 r. jak i 2021 r. małopolskie firmy z powodzeniem prezentowały swoje oferty na stoisku, którego organizacja leży po stronie zamawiającego i stanowi przedmiot bieżącego postępowania. Dzięki kilkuletniej pracy obecność polskich przedsiębiorstw na największych targach nowych technologii w Barcelonie stała się trwałym elementem polityki rozwoju eksportu i internacjonalizacji. Sukcesy polskich firm uczestniczących wcześniej w MWC spowodowały, że w roku 2022 zaplanowano rekordową obecność 13 małopolskich przedsiębiorstw. Również w tym roku MARR S.A. zaoferowała polskim przedsiębiorcom m.in.:

powierzchnię wystawienniczą wraz z profesjonalną zabudową ze strefą do prowadzenia rozmów biznesowych i bezpłatne wejściówki na targi. Dlatego też brak stoiska oznacza też brak wsparcia dla firm oraz przedsiębiorców, którzy przygotowali swoje oferty na targi, w tym także brak miejsca ekspozycji i prezentacji wyrobów i usług, brak możliwości przeprowadzania zaplanowanych spotkań, przekazywania zapytań inwestorskich, promocji polskiego sektora IT itp. Bezsprzecznym jest zatem umożliwienie dostępu dla MŚP do rozwijania biznesów na arenie międzynarodowej, ale także możliwość zaprezentowania kreatywności i profesjonalizmu polskich przedsiębiorców i rozpowszechnianie ich potencjału w świecie. Przedsiębiorcy, którzy zgłosili się do udziału w tych targach wraz z przedstawicielami Województwa Małopolskiego także poczynili już zobowiązania biznesowe w celu uczestniczenia w tym wydarzeniu. Niestety na termin targów – co oczywiste – nikt nie ma wpływu i pozostanie on niezmienny 28 lutego – 3 marca 2022 roku. Brak możliwości realizacji umowy w zakresie zapewnienia profesjonalnej zabudowy powierzchni wystawienniczej uniemożliwi zaprezentowanie się zarówno Województwa Małopolskiego jak i firm MŚP na rynku światowym, co zwłaszcza w obecnej chwili, gdy świat „wychodzi” z pandemii, będzie niepowetowaną stratą – nie tylko z perspektywy finansów, ale głównie i przede wszystkim z perspektywy interesu publicznego jakim jest tu dobro polskich przedsiębiorców. Ogłaszając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na element warunkujący polskim przedsiębiorcom udział w targach (czyli zbudowane stoisko Małopolski), zamawiający działał w imieniu dobra ponadindywidualnego, w szeroko pojętym interesie publicznym i społecznym, gdyż przez to miał umożliwić polskiemu przedsiębiorstwu zaprezentowanie się wśród najlepszych w Europie. Na marginesie należy zaznaczyć, że zamawiający nabył też już pakiety uczestnictwa dla przedsiębiorstw, którzy zgłosili chęć udziału w targach.

Uzasadniając zaistnienie podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający wskazał, że podszedł do zrealizowania procedury przetargowej z należytą starannością. Zamawiający „zabezpieczył” czas na wniesienie w klasycznych terminach środków odwoławczych oraz na ich rozpoznanie. Zamawiający, planując ogłoszenie postępowania brał pod uwagę doniesienia dotyczące przebiegu pandemii COVID-19, a co za tym idzie zmian dotyczących obostrzeń, które mogły spowodować odwołanie lub zmianę formuły targów na spotkania zdalne – w razie ziszczenia się któregośkolwiek z tych zagrożeń niniejsze zamówienie w formule opisanej w dokumentach przetargowych nie mogłoby zostać zrealizowane. Zamawiający ogłosił przetarg niezwłocznie po powzięciu informacji uprawdopodobniającej, że targi odbędą się w formule stacjonarnej. W ocenie zamawiającego kroki odwołującego podejmowane podczas procedury przetargowej, zwłaszcza wniesienie zastrzeżeń do przeprowadzonej przez zamawiającego analizy „pierwszych” wyjaśnień ceny oferty OMDEXPO Polska Sp. z o.o., a następnie mimo

zastosowania się zamawiającego do oczekiwań odwołującego, zgłoszenie odwołania, które w swej treści nie wnosi żadnych nowych merytorycznych zastrzeżeń – musi być uznane za działanie wyłącznie w celu wydłużania całej procedury, co w związku z terminem wykonania zamówienia jest jednoznaczne z uniemożliwieniem jego realizacji. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że składając odwołanie – także odwołujący nie będzie już w stanie, a co więcej – już nie jest w stanie – zrealizować niniejszego zamówienia z przyczyny obiektywnej, jaką jest data targów (28 lutego – 03 marca 2022 r.). Na marginesie należy zaznaczyć, że nawet w sytuacji uznania odwołania za zasadne, to w obecnej sytuacji determinowanej czasem odwołujący nie zrealizowałby tego zamówienia. Podczas rozmowy telefonicznej z pracownikiem zamawiającego odwołujący stwierdził, że niezależnie od tego co zamawiający zrobi – on i tak złoży odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Istotne znaczenie ma tu fakt, że omawiany telefon pracownik zamawiającego otrzymał po ogłoszeniu pierwotnych wyników przetargu i po zgłoszeniu przez odwołującego zastrzeżeń wobec analizy badania ceny oferty OMDEXPO Polska Sp. z o.o. Jednocześnie z tego wynika, że dla decyzji odwołującego o złożeniu odwołania nie miała znaczenia merytoryka i podjęcie czynności przez zamawiającego, ale kierowała nim chęć uniemożliwienia zamawiającemu zawarcia umowy z OMDEXPO Polska Sp. z o.o.

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

Zgodnie z przepisem art. 578 ust. 2 ustawy 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.

Należy podkreślić, że ww. przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy mają charakter rozłączny. Wystąpienie tylko jednej z ww. przesłanek stanowi wystarczającą podstawę do zastosowania przez Izbę tej instytucji.

Izba uznała, że w niniejszej sprawie niewątpliwie wystąpiła przesłanka wskazana przez ustawodawcę w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Po pierwsze, zamawiający wykazał istnienie interesu publicznego. Nie powielając całej argumentacji przedstawionej przez zamawiającego należy w szczególności wymienić promowanie Małopolski, jak i całego państwa polskiego, na arenie międzynarodowej,

promowanie potencjału polskich przedsiębiorców na świecie, umożliwienie im nawiązania nowych kontaktów gospodarczych i w związku z tym przyczynienie się do rozwoju gospodarczego kraju, a w szczególności województwa małopolskiego. W ocenie Izby mamy w tym przypadku do czynienia z bardzo istotnym interesem publicznym.

Negatywne skutki dla ww. interesu publicznego, powstałe na skutek niezawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z pewnością 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 szczególności chodzi tutaj o indywidualny interes odwołującego. Należy jednak zauważyć, że nie jest to nawet interes polegający na otrzymaniu przez tego wykonawcę przedmiotowego zamówienia, gdyż aktualnie nie ma on szans na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zostanie wyjaśnione poniżej, w ramach uzasadnienia do drugiej przesłanki wskazanej w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała bowiem, że w niniejszej sprawie zaistniała również przesłanka wskazana przez ustawodawcę w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 14 lutego 2022 r. Zakładając, że kopia odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego zostałyby przesłane wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu jeszcze tego samego, to termin na zgłoszenie przystąpień upływałby w dniu 17 lutego 2022 r. (art. 525 ust. 1 ustawy Pzp). Biorąc zatem po uwagę, że zawiadomienie o miejscu i terminie rozprawy przekazuje się co najmniej na 3 dni przed wyznaczonym terminem rozprawy [§ 19 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453)], pierwszy możliwy termin na rozpoznanie odwołania wypadłby 22 lutego 2022 r. Zakładając, że byłoby możliwe wydanie przez Izbę orzeczenia jeszcze tego samego dnia, to w przypadku uwzględnienia odwołania zamawiającemu pozostawałyby trzy dni robocze na przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, co stanowi niezwykły krótki okres na przeprowadzenie tych czynności. Bardziej istotne jest jednak to, że w tym przypadku również miałby zastosowanie przepis art. 577 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. A zatem zamawiający obowiązany byłby się wstrzymać z zawarciem umowy do czasu upływu terminu na wniesienie odwołania. Przy założeniu najbardziej optymistycznego scenariusza opisanego powyżej, termin na wniesienie odwołania upływałby już po rozpoczęciu targów. Tak samo, gdy chodzi o zawarcie

umowy, nawet w przypadku braku odwołania (a nawet w przypadku dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie krótszym niż 3 dni robocze), co oczywiście byłoby całkowicie bezcelowe. W związku z tym wniesione przez odwołującego odwołanie należy ocenić jako wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Uchylenie zakazu zawarcia umowy stanowi instytucję o wyjątkowym charakterze, jednakże w ocenie Izby wskazane powyżej okoliczności uzasadniają jej zastosowanie w niniejszej sprawie. Mając to na uwadze, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 w związku z art. 578 ust. 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: