

POSTANOWIENIE

z dnia 23 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 maja 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 18 maja 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: : Gminę Miasto Oleśnica

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę dróg o nawierzchni utwardzonej wraz z infrastrukturą techniczną na terenie osiedla pomiędzy ul. Europejską a Polną w Oleśnicy”.

Postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Miasto Oleśnica pismem z dnia 18 maja 2022r. wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy dla przedmiotowego postępowania wskazując, że wydanie zgody na uchylenie zakazu nie spowoduje żadnego uszczerbku dla ochrony wszelkich możliwych interesów w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W szczególności Zamawiający zaznaczył, że ani Odwołujący - Bickhardt Bau Polska sp. z o.o. z siedzibą w Siechnicach, ani żaden inny Wykonawca biorący udział w postępowaniu nie wniósł odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i termin na wniesienie tegoż odwołania już upłynął (czynność wyboru została dokonana w dniu 1 1.05.2022 r., termin upłynął w dniu 16.05.2022 r.).

Podkreślił także, że Odwołujący w odwołaniu nie żąda przywrócenia jego oferty do postępowania, lecz domaga się jedynie uchylenia jednej z przesłanek odrzucenia oferty (art. 226 ust. 1 pkt. 2 ppkt. b ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”), tj. niespełnienie warunków udziału w postępowaniu), przyznając jednocześnie, że druga z przesłanek wskazanych przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia, jest jego zdaniem w całości prawidłowa (art. 226 ust. 1 pkt. 12 Pzp - nie wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą). Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący wniesienie odwołania w taki sposób, motywuje chęcią otrzymania zwrotu wadium zatrzymanego przez Zamawiającego.

Według Zamawiającego, ze względu na powyższe, ewentualny wyrok Izby nie będzie miał znaczenia dla całości czynności Zamawiającego w postępowaniu, bowiem zarówno czynność odrzucenia oferty Odwołującego pozostanie w mocy jak i pozostanie w mocy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (upłynął bowiem termin na wniesienia odwołania na teże czynność). Natomiast opóźnienie zawarcia umowy do czasu wydania rozstrzygnięcia w postępowaniu spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, bowiem w obecnej sytuacji gospodarczej w Polsce i na świecie, przy narastającej inflacji i ryzykach z trwającą ciągle na świecie pandemią oraz wojną w Ukrainie, oraz powiązanymi z tymże faktem możliwościami dalszego wzrostu cen nośników energii oraz zrywania łańcuchów dostaw, przy przeciągającym się terminie zawarcia umowy, Zamawiający może się spodziewać większych kosztów jej realizacji i wniosków Wykonawcy o waloryzację wynagrodzenia i przedłużania terminu inwestycji. Dodatkowo wskazujemy, że inwestycja której dotyczy postępowanie jest dofinansowana z programu Polski Ład, co jeszcze bardziej opóźni zawarcie umowy, bowiem dopiero po wydaniu zgody o którą wnioskujemy w niniejszym piśmie lub wyroku Izby,

Zamawiający może wystąpić o promesę i zgodę na zawarcie umowy do odpowiednich organów.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu:

1. błędne zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) Ustawy przez przyjęcie w okolicznościach niniejszej spawy, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wydania przez Zamawiającego rozstrzygnięcia o wyborze najkorzystniejszej oferty dopiero w dniu 11 maja 2022 r. i odrzuceniu oferty Wykonawcy na ww. podstawie prawnej, podczas gdy w dniu 04 maja 2022 r. upłynął termin związania ofertą, a zatem wszelkie czynności Zamawiającego powinny zostać przez niego podjęte w okresie związania ofertą. Jeśli zaś Zamawiający nie wykonał wszystkich czynności w okresie związania ofertą, a Wykonawca nie złożył oświadczenia o wyrażeniu zgody na związanie z ofertą, to uprawnienie Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy z innych przyczyn niż związanie z ofertą -wygasa.
2. błędnym zastosowaniu art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) Pzp w sytuacji, kiedy Odwołujący udzielił Zamawiającemu

odpowiedzi na otrzymane wezwania, kierując do niego swoje szczegółowe wyjaśnienia w pismach z dnia 22 kwietnia 2022 r. i z dnia 27 kwietnia 2022 r., a zatem Wykonawca był w uzasadnionym przekonaniu o wywiązaniu się z obowiązku udokumentowania tego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu zgodnie z rozdziałem XII ust. 3 ppkt 3) lit b) SWZ tj. posiada środki finansowe na minimum 12 mln PLN.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wnioskował o:

1. uwzględnienie odwołania w całości z uwagi na naruszenie przepisów Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności związanych m.in. z wykonaniem obowiązków informacyjnych po wyborze najkorzystniejszej oferty i poinformowanie go, którego oferta została odrzucona podając mu prawidłowe uzasadnienie faktyczne i prawne ze wskazaniem, że wyłączną podstawą do odrzucenia jego oferty było to, że nie wyraził on pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą tj. przesłanki określonej w art. 226 ust. 1 pkt 12) Pzp.

W sprawie odwoławczej został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy na dzień 1 czerwca 2022 roku. Termin rozpoznania wniosku upływał w dniu 23 maja 2022 roku.

Izba, mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, w szczególności zadania jakie mogą być realizowane przy użyciu przedmiotu usług uznała, że złożony wniosek zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, Zamawiający w złożonym wniosku wykazał wystąpienie przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp, uzasadniającej uchylenie zakazu zawarcia umowy. Wskazane przez Zamawiającego okoliczności, pozwalają – zdaniem Izby – stwierdzić, że niezawarcie umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Powyższe nie jest jednak samo w sobie wystarczające dla uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zgodnie bowiem z art. 578 ust. 2 ust. 1 ustawy Pzp, uchylenie takiego zakazu jest możliwe, jeśli te 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. Innymi słowy, podjęcie decyzji w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy wymaga porównania wagi negatywnych skutków dla interesu publicznego z wagą korzyści wynikających z ochrony wszystkich innych interesów, co dotyczy w szczególności interesu wykonawców w uzyskaniu skutecznej ochrony prawnej. Odwołanie jest bowiem środkiem ochrony prawnej wykonawców przed niezgodnymi z prawem działaniami lub zaniechaniami zamawiających.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zawarcie umowy przed zakończeniem postępowania odwoławczego nie wiąże się dla Odwołującego z prawdopodobieństwem doznania uszczerbku w wyniku zaskarżonej w odwołaniu czynności Zamawiającego. Zauważenia wymaga, że Odwołujący w odwołaniu nie żąda przywrócenia jego oferty do postępowania, lecz domaga się jedynie uchylenia jednej z przesłanek odrzucenia oferty (art. 226 ust. 1 pkt. 2 ppkt. b Pzp), przyznając jednocześnie, że druga z przesłanek wskazanych przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia, jest jego zdaniem w całości prawidłowa (art. 226 ust. 1 pkt. 12 Pzp). Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący wniesienie odwołania w taki sposób, motywuje chęcią otrzymania zwrotu wadium zatrzymanego przez Zamawiającego.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że została spełniona określona art. 578 ust. 2 ust. 1 ustawy Pzp przesłanka uchylenia zakazu zawarcia umowy i postanowiła uchylić zakaz zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy Pzp, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:.....