

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 18 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 18 marca 2024 r. w Warszawie wniosku z dnia 15 marca 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez:

Gminę Miejską Bolesławiec

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na:

dostawę z montażem wyposażenia i sprzętów do aranżacji wystaw czasowych w Muzeum Ceramiki przy ul. Zgorzeleckiej 28/29 w Bolesławcu

postanawia:

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

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

W dniu 15 marca 2024 r. zamawiający Gmina Miejska Bolesławiec (dalej jako „Zamawiający”) wystąpił z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., zwanej dalej „ustawą Pzp”), w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę z montażem wyposażenia i sprzętów do aranżacji wystaw czasowych w Muzeum Ceramiki przy ul. Zgorzeleckiej 28/29 w Bolesławcu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 lutego 2024 r. nr 2024/BZP 00213183/01.

Rozpoznawany wniosek został złożony w związku z odwołaniem wniesieniem przez wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 13 marca 2024 r. wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wezwania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (sygn. akt 832/24).

Zamawiający uzasadniając złożony wniosek podniósł, iż 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, co wypełnia przesłankę zawartą w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp uchylenia zakazu zawarcia umowy przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zamawiający opisał przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, w tym wskazał, iż wszczął postępowanie w dacie 21 lutego 2024 r., czyli niezwłocznie po powzięciu informacji o zaistnieniu interesu publicznego i zapewnieniu środków na sfinansowanie zamówienia. Termin składania ofert upłynął z dniem 29 lutego 2024 roku o godz. 09:00, a otwarcie ofert nastąpiło w tym samym dniu o godzinie 09:30. Zamawiający wymienił również złożone w postępowaniu oferty i poinformował, iż w dniu 8 marca 2024 r. przekazał do wykonawców informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Następnie Zamawiający wskazał na fakt, iż 13 marca 2024 r. złożono odwołanie kwestionujące wybór oferty najkorzystniejszej. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, iż wysokość środków, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 412 000,00 zł brutto, a cena oferty Odwołującego (546 908,38 zł) znacznie przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia, zgodnie z informacją Zamawiającego zamieszczoną na platformie przetargowej w dniu 8 marca 2024 roku.

Zamawiający podniósł, iż interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięcia, służącego ogółowi w zakresie zadań wykonywanych przez Zamawiającego, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych w szczególności z oświatą, edukacją i szeroko pojętą kulturą. Muzeum Ceramiki oraz budynek jego nowej siedziby (zabytkowy neogotycki pałac Pücklera) posiadają znaczącą wartość nie tylko dla kultury lokalnej, ale także dla rozwoju całego regionu dolnośląskiego, co potwierdzone zostało uzyskaniem dofinansowania na zadanie ze środków EOG w ramach programu „Kultura”, zarządzanego przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego (zgodnie z zasadami konkursu, dofinansowanie było przyznawane na restaurację i rewitalizację przede wszystkim obiektów zabytkowych ważnych dla zachowania dziedzictwa kulturowego, zabytkami, które wspierają rozwój lokalny i regionalny i mają wpływ na społeczności lokalne). Negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na niezawarcie umowy, są:

1. brak terminowego otwarcia placówki kultury i wynikające stąd opóźnienie w rozpoczęciu świadczenia usług w zakresie kultury, edukacji,
2. nieukończenie realizacji zamówienia w terminie przewidzianym w postępowaniu (do 28.03.2024) będzie skutkowało utratą dofinansowania ze środków EOG (Projekt - Polska i Norwegia na Europejskim Szlaku Ceramiki: włączenie Bolesławca i Porsgrunn do międzynarodowej sieci współpracy miast o tradycjach ceramicznych), a w konsekwencji – odstąpienie Zamawiającego od umowy i utratę możliwości uzyskania nowego wyposażenia sal wystaw czasowych w nowej siedzibie Muzeum Ceramiki w Bolesławcu, remontowanej ze środków EOG (korzyść uzyskana w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych kulturą),
3. Odwołujący, który zaproponował w swojej ofercie cenę przekraczającą możliwości finansowe Zamawiającego, nie ma możliwości na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, nawet w przypadku gdyby potwierdziły się zarzuty dotyczące oferty wybranej jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu, ponieważ jego cena ofertowa znacznie przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający stoi na stanowisku, że odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z Wykonawcą wybranym w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego 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.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie 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.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 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.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy Pzp, wobec czego przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia. Z kolei dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w treści przedmiotowego wniosku nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek, o której mowa w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przesłanki wskazanej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne, której przedmiotem jest dostawa z montażem wyposażenia i sprzętów do aranżacji wystaw czasowych w Muzeum Ceramiki przy ul. Zgorzeleckiej 28/29 w Bolesławcu, mogłoby spowodować takie negatywne skutki dla interesu publicznego, które przewyższałyby 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.

Izba nie neguje stanowiska Zamawiającego, iż rewitalizacja budynku nowej siedziby Muzeum Ceramiki leży w interesie publicznym, a otwarcie przedmiotowej placówki ma znaczenie dla kultury lokalnej i rozwoju regionu dolnośląskiego. Powyższa okoliczność nie przesądza jednak jeszcze o zasadności uchylecia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zauważyć bowiem należy, że większość tego rodzaju inwestycji przyczynia się do poprawy warunków społeczno – ekonomicznych, rozwoju szeroko pojętej kultury, edukacji czy oświaty, jednak nie sposób uznać, że w związku z tym w każdej takiej sytuacji interes publiczny przewyższać będzie korzyści związane z ochroną wszystkich innych interesów. Idąc tym tokiem rozumowania uchylenie zakazu zawarcia umowy o zamówienie publiczne stałoby się normą, a nie taki jest cel tej instytucji. Ustawodawca przyznaje prymat ochronie prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, a ograniczenie tego prawa może mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach nadzwyczajnych, odpowiednio przez Zamawiającego wykazanych.

W ocenie Izby Zamawiający w złożonym wniosku nie wykazał w sposób dostateczny, aby opisywane negatywne skutki dla interesu publicznego miały przewyższać korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w tym interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający jedynie w sposób hasłowy powołał się na okoliczność, iż brak niezwłocznego udzielenia zamówienia spowoduje opóźnienie w terminowym otwarciu placówki, a brak realizacji zamówienia do dnia 29 marca 2024 r. będzie prowadził do utraty dofinansowania. Powyższe stanowisko nie zostało niczym poparte, Zamawiający nie przedstawił ani dalszych twierdzeń, ani dowodów uwiarygadniających taką tezę. Ponadto Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił, co konkretnie spowodowało, że znalazł się w obecnej sytuacji (stwarzającej ryzyko dla powodzenia projektu), a w szczególności dlaczego Zamawiający – mając świadomość założeń wynikających z wniosku o dofinansowanie (czy umowy o dofinansowanie) w zakresie terminu realizacji dostawy wyposażenia sal wystawowych, wszczął postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia dopiero w dniu 21 lutego 2024 r., czyli na jedyne 5 tygodni przed oczekiwanym terminem realizacji zamówienia. Izba wskazuje, iż powodzenie danego przedsięwzięcia inwestycyjnego realizowanego ze środków publicznych zależy w znacznej mierze od prawidłowego zaplanowania niezbędnych postępowań o udzielenie zamówienia i właściwej korelacji działań. Powyższe obowiązki leżą po stronie Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim terminie, tj. takim, aby przy uwzględnieniu prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony

prawnej, możliwe było zawarcie umowy w terminie przez Zamawiającego oczekiwanym i gwarantującym zakończenie określonego rodzaju prac w pożądanym czasie. W przedmiotowym przypadku Zamawiający poza wyłącznie hasłowym i bardzo ogólnym stwierdzeniem, że „wszczął postępowanie niezwłocznie po powzięciu informacji o zaistnieniu interesu publicznego i zapewnieniu środków na dofinansowanie zamówienia” nie przedstawił twierdzeń ani dowodów, które wykazywałyby, że faktycznie odpowiednio wcześniejsze wszczęcie postępowania nie było możliwe. Izba nie dysponuje żadnymi informacjami ani dokumentami w tym zakresie, a jedynie gołosłownymi, ogólnymi hipotezami zawartymi we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. W treści wniosku nie przedstawiono informacji pozwalających na uznanie, że Zamawiający dochował należytej staranności planując przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia. Nie można zaś zaaprobować sytuacji, w której przez ewentualne opóźnienie Zamawiającego i zbyt późne wszczęcie postępowania, narażony zostanie interes Odwołującego, który w ustawowym terminie skorzystał z przysługujących mu środków prawnych.

Ponadto Izba uznała za nieuprawdopodobnione stanowisko Zamawiającego, iż odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z wykonawcą wybranym w postępowaniu. Zamawiający jako okoliczność mającą uzasadniać działanie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy wskazał fakt, iż cena oferty Odwołującego znacznie przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Izba wskazuje, iż powyższa okoliczność nie przesądza o tym, że zamiarem Odwołującego jest doprowadzenie do uniemożliwienia udzielenia zamówienia. Podkreślić należy, iż zgodnie z wiodącym orzecznictwem okoliczność, iż cena oferty przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie pozbawia wykonawcy dostępu do środków ochrony prawnej. Ewentualna – czysto hipotetyczna na tym etapie - konieczność unieważnienia postępowania w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stanowi zdarzenie przyszłe, zależne nie tylko od wyniku postępowania odwoławczego, ale także od ostatecznego wyniku procesu badania i oceny ofert oraz możliwości zwiększenia przez zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący wnosząc odwołanie dąży do wyeliminowania czynności w jego ocenie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, co może dać mu szansę na uzyskanie zamówienia, lub – w przypadku unieważnienia postępowania – złożenia oferty w nowym postępowaniu. Trudno w takiej sytuacji uznać, aby celem Odwołującego było uniemożliwienie zawarcia umowy.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba w oparciu o art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, co skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie 2 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodnicząca: