

POSTANOWIENIE
z dnia 7 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Członek: Andrzej Niwicki
Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 września 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 1 września 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Garwolinie”, numer referencyjny: GDDKiA.O.WA.D3.2413.74.2020 (publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 252-636417 w dniu 28 grudnia 2020 r.).

postanawia:

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

Uzasadnienie

Zamawiający wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Garwolinie” (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), w związku z wniesieniem odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Z. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim; Rector Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”).

Zamawiający wskazał, że złożone odwołanie zostało wywiedzione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z wykonawcą Zaberd S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Zaberd”), co wyczerpuje dyspozycję art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”.

U podstaw tego twierdzenia, jak twierdził zamawiający, leży brak legitymacji Odwołującego do wywodzenia odwołania, jak również wprost dostrzegalna miałość zarzutów zawartych w jego treści.

W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający uznał jako istotne, że wyrokiem z 7 lipca 2021 r. (sygn. KIO 1640/21), Izba uwzględniła odwołanie Przystępującego i nakazała wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W efekcie, pismem z 27 lipca 2021 r., wykonując zaskarżony wyrok Izby, Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucił złożoną przez Odwołującego ofertę.

Jak zauważył zamawiający, w świetle powyższego należy zauważyć, że stosownie do treści art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia. Innymi słowy prawo do wniesienia odwołania posiada ten, kto dysponuje obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebą uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Oznacza to, że wykonawca, który został ostatecznie wykluczony z postępowania, zarówno na gruncie przepisów krajowych, jak i europejskich, nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, dotyczących oceny przez Zamawiającego innej oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tak w wyroku KIO 2481/19, KIO 840/18).

Uwzględniając zatem, że Odwołujący nie ma interesu w wywodzeniu niniejszego odwołania nie może ulegać wątpliwości, że służy ono wyłącznie uniemożliwieniu zawarcia umowy z Przystępującym, który w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożył ofertę najkorzystniejszą.

Ponadto Zamawiający zauważył, że o faktycznych intencjach Odwołujących świadczy fakt, że w warunkach wywiedzonego odwołania podnoszone są zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny. W tym względzie istotne jest, że cena oferty Odwołującego jest niższa od ceny oferty Przystępującego. Za nieuprawnione uznać należy czynienie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, w sytuacji gdy cena jego oferty jest o ponad 4 mln zł droższa od ceny oferty Odwołującego.

W podobny sposób Odwołujący czyni zarzuty w stosunku od referencji przedstawionych przez Przystępującego pomimo, że z ich treści jednoznacznie wynika, że umowy na: (1) Kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 na odcinku od km 193+965 do km 281+686; (2) Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 na odcinku węzeł Brzeg granica woj. śląskiego, od km 193+965 do km 281+686, wraz ze wszystkimi jej elementami, zwanej dalej „Drogą”, w okresie 36 miesięcy od daty podpisania umowy”, były realizowane przez Przystępującego w pełnym zakresie, tj. tożsamym z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego przedstawione okoliczności jednoznacznie stanowią, że Odwołujący nie wnosi odwołania w celu uzyskania zamówienia, lecz wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z Przystępującym. Oznacza to, że Odwołujący wykorzystuje zatem swoje prawo do jego wniesienia w sposób sprzeczny z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem oraz z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli zatem celem wywiedzonego odwołania nie jest uzyskanie zamówienia (nie może nim być z uwagi na uprzednie wykluczenie Odwołującego), a jedynie uporczywe uniemożliwienie jego uzyskania innemu wykonawcy lub chęć sparaliżowania działalności Zamawiającego, to niewątpliwie mamy do czynienia z działaniem Odwołującego w złej wierze, które nie korzysta z ochrony na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz mając na uwadze treść przepisu art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z brzmieniem 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.

Zamawiający w treści złożonego wniosku wskazał, że w okolicznościach niniejszej sprawy zaistniała przesłanka wynikająca z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż złożone odwołanie zostało wywiedzione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z wykonawcą Zaberd.

Po analizie argumentacji przedstawione we wniosku, jak też po zapoznaniu się z treścią złożonego odwołania Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W pierwszej kolejności, Izba odnie się do argumentacji, że Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia przedmiotowego odwołania, gdyż wyrokiem z 7 lipca 2021 r. (sygn. KIO 1640/21), Izba uwzględniła odwołanie Zaberd i nakazała wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, pismem z 27 lipca 2021 r., wykonując zaskarżony wyrok Izby, Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucił złożoną przez Odwołującego ofertę, co powoduje, że Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Argumentacja ta, w ocenie Izby, jest nietrafiona z tego powodu, że jak ustalił skład orzekający, Odwołujący 2 sierpnia 2021 r. wniósł za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej skargę na wyżej wymieniony wyrok KIO (sygn. akt XXIII Zs/99/21). Przedmiotowa skarga na dzień wniesienia niniejszego Odwołania nie została rozpoznana przez Sąd.

Przypomnieć należy, że krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zgodnie z nim podmiotami uprawnionymi, do których odnosi się ww. przepis, będą wykonawcy, uczestnicy konkursu oraz inne podmioty, jeżeli mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia (lub nagrody w konkursie) oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Jako wykonawcę, w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Na posiadanie przez Odwołującego tego statusu w niniejszym Postępowaniu nie wpływa to, że Krajowa Izba Odwoławcza nakazała wykluczyć Odwołującego z postępowania, gdyż wyrok ten został przez niego zaskarżony i nie ma ostatecznego charakteru. Stąd też uznać należy, że Odwołujący nadal jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego oraz ma interes w jego uzyskaniu, w przypadku bowiem uwzględnienia skargi przez Sąd - Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Nie sposób również, w ocenie Izby, zgodzić się z argumentacją, że o braku interesu Odwołującego świadczą zarzuty, które sformułował w treści złożonego odwołania dotyczące rażąco niskiej ceny czy też sformułowane w zakresie dotyczącym referencji, złożonych przez Zaberd w postępowaniu. Podkreślić należy, że w kwestii zasadności lub też nietrafności zarzutów, sformułowanych w odwołaniu, Izba wypowiada się w wyroku, po zbadaniu całokształtu okoliczności danej sprawy, jak też po zapoznaniu się z aktami sprawy i dokonaniu oceny złożonych w sprawie dowodów. Subiektywne przekonanie Zamawiającego w kwestii braku zasadności stawianych zarzutów pozostaje zatem bez wpływu na ocenę Izby w zakresie możliwości uchylecia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W tym stanie rzeczy, w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie, Izba uznała że Zamawiający nie wykazał, że zachodzi konieczność odstąpienia od zasady zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia do momentu ogłoszenia orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą merytoryczne przesłanki uchylecia zakazu zawarcia umowy wskazane w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, uznając, że przesłanki do uchylecia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylecia zakazu zawarcia umowy.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....