

**Sygn. akt: KIO/W 111/20**

## **POSTANOWIENIE**

**z dnia 17 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 17 grudnia 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 14 grudnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – **Prezydenta Miasta Leszna**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa ulicy Fabrycznej w Lesznie*,

**postanawia:**

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

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Prezydent Miasta Leszna – na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 14 grudnia 2020 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu pn. *Przebudowa ulicy Fabrycznej w Lesznie*.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podał, że po zawarciu z Wojewodą Wielkopolskim umowy o dofinansowanie inwestycji z Wielkopolskiego Funduszu Dróg Samorządowych (umowa nr 5.112/2020 z 9 lipca 2020 r.) wszczął 7 sierpnia 2020 postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W związku licznymi pytaniami wykonawców do treści SIWZ i dokonywanymi modyfikacjami tego dokumentu, termin składania ofert (pierwotnie wyznaczony na 25 sierpnia 2020 r.) uległ wydłużeniu o 86 dni (do 19 listopada 2020 r.). Wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający dokonał 9 grudnia 2020 r.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 14 ust. 2 umowy o dofinansowanie, umowa wygasa w przypadku niedopełnienia przez Beneficjanta wymogu wynikającego z zapisów art. 28 ust. 3 ustawy o Funduszu Dróg Samorządowych w roku kalendarzowym, na który zostało

przyznane dofinansowanie oraz w przypadku nieprzedłożenia Wojewodzie dokumentów potwierdzających wykonanie tego obowiązku w terminie umożliwiającym dokonanie płatności na rzecz Beneficjanta. Przepis art. 28 ust. 3 ustawy o Funduszu Dróg Samorządowych stanowi, że dofinansowanie może zostać przekazane wnioskodawcy po zawarciu przez niego umowy na realizację zadania objętego wnioskiem o dofinansowanie. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że umowa o dofinansowanie wygaśnie (co oznacza utratę dofinansowania), jeżeli Zamawiający do końca 2020 r. nie zawrze umowy w sprawie zamówienia publicznego i nie przekaże w tym terminie dokumentów potwierdzających zawarcie tejże umowy.

Zamawiający wskazał, że na mocy powyższej umowy jest uprawniony do otrzymania dofinansowania na realizację przedmiotu zamówienia w kwocie wynoszącej ok. 3 miliony złotych, co stanowi 60% wartości inwestycji.

Zamawiający wyjaśnił, że już w trakcie trwania postępowania przetargowego wystąpił do Wojewody Wielkopolskiego z wnioskiem o zmianę (wydłużenie) terminów realizacji zadania, w zakres którego wchodzi Zamówienia. W odpowiedzi na ww. wniosek, Wojewoda Wielkopolski poinformował, że nie ma możliwości zmiany terminów realizacji zadania bez dostarczenia wiążących dokumentów. Zmiana terminu realizacji zadania może nastąpić jedynie w przypadku podpisania umowy z wykonawcą zadania (lub aneksu), Tym samym – z uwagi na niezawarcie umowy z wykonawcą oraz obowiązujący zakaz jej zawarcia (art. 183 ust. 1 ustawy Pzp) – Zamawiający nie ma możliwości skutecznego wnioskowania o wydłużenie terminów realizacji zadania, w tym o zmianę terminu zawarcia umowy na realizację Zamówienia z wybranym wykonawcą. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający załączył pismo do Wojewody Wielkopolskiego z 4 września 2020 r. znak IN.042.2.1.2.2020.AL oraz odpowiedź Wojewody Wielkopolskiego z 8 października 2020 r. znak IR-VII.801.5.112.2020.8.

Zamawiający podniósł, że mając na uwadze dzień wniesienia odwołania (11 grudnia 2020 r.) oraz czas niezbędny na rozpoznanie odwołania przez Izbę (biorąc pod uwagę, że termin 15 dni jest terminem instrukcyjnym), zachodzi realne ryzyko, że Zamawiający nie zdąży zawrzeć umowy na realizację przedmiotu zamówienia oraz przekazać jej Wojewodzie Wielkopolskiemu, co skutkować będzie utratą dofinansowania. Okoliczność ta spowoduje, że Miasto Leszno zmuszone będzie do unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Z uwagi na ograniczone – zwłaszcza z uwagi na pandemię wirusa SARS-CoV-2 – możliwości budżetowe Miasta Leszna nie ma możliwości, aby Miast zwiększyło wartość środków, planowanych na sfinansowanie przedmiotu Zamówienia, o kwotę odpowiadającą wysokości przyznanego dofinansowania.

Wykazując negatywne skutki niezawarcia umowy dla interesu publicznego Zamawiający podniósł, że ul. Fabryczna jest istotnym elementem układu komunikacyjnego Miasta Leszna, łączącym była drogę krajową nr 5 (obecnie drogę wojewódzką nr 309) z drogą krajową nr 12. Wg badań przeprowadzonych przez GDDKiA w 2015 r. średniodobowy ruch pojazdów silnikowych na drogach krajowych odpowiednio wynosił: dla drogi krajowej nr 5 – ok. 16.000 pojazdów, dla drogi krajowej nr 12 — ok. 7.500 pojazdów. Ulica Fabryczna jest jednym z głównych ciągów komunikacyjnych Miasta Leszna, służąc mieszkańcom Miasta oraz okolicznych miejscowości, bezpośrednio obsługuje znajdujące się przy niej szereg firm oraz znajdujące się w pobliżu jednostki edukacyjne (3 przedszkola, 2 szkoły podstawowe, 5 szkół ponadpodstawowych i 1 szkoła wyższa). W pobliżu znajduje się także Urząd Miasta Leszna, Powiatowy Urząd Pracy w Lesznie oraz Teatr Miejski.

Zamawiający stwierdził, że w przypadku niezawarcia umowy Miasto nie otrzyma dofinansowania w wysokości 3.080.371,06 zł, a tym samym nie będzie posiadało środków na przebudowę ww. ulicy. Spowoduje to przesunięcie inwestycji nawet o kilka lat, do czasu uzyskania kolejnego dofinansowania. Miasto Leszno z uwagi na panujący w Polsce stan zagrożenia epidemicznego wynikający z wystąpienia Covid-19, posiada ograniczone środki finansowe, w związku z czym nie ma możliwości „dołożenia” przedmiotowej kwoty z budżetu.

Zamawiający podniósł, że przebudowa ul. Fabrycznej jest szczególnie ważna z uwagi na m.in. poprawę bezpieczeństwa ruchu drogowego, w tym zmniejszenie wypadkowości. W ramach zadania na wniosek Policji (z uwagi na potrącenia pieszych występujące na tej drodze) wykonana zostanie m.in. sygnalizacja świetlna na dwóch skrzyżowaniach. Pozwoli to na redukcję prędkości pojazdów dojeżdżających do przejścia dla pieszych, co będzie miało realny wpływ na ograniczenie wypadków występujących na przedmiotowej ulicy.

Ponadto Zamawiający podniósł, że w ramach inwestycji, z uwagi na ich zły stan techniczny, przebudowane zostaną sieci kanalizacji deszczowej i wodociągowa. W ramach przebudowy sieci deszczowej wybudowane zostaną zbiorniki retencyjne dla wód opadowych i roztopowych. Jest to szczególnie ważne dla mieszkańców dzielnicy Podwale, których posesje są zalewane przy intensywnych opadach deszczu. Mieszkańcy okolicznych posesji wielokrotnie zgłaszali te niedogodności władzom Miasta i prosili o rozwiązanie tego problemu. Wybudowane zbiorniki odbiorą nadmiar wód opadowych w czasie nawałnic i pozwolą na uchronienie mieszkańców od poniesienia znacznych strat materialnych. Projekt przebudowy stanowi też kolejny krok w kierunku rozdzielenia spływu wód deszczowych i ścieków sanitarnych, co pozwoli na realizację koncepcji gospodarowania wodami opadowymi poprzez przekierowanie ich spływu do zbiorników przejmujących te wody i gwarantujących ich rozsączanie.

Zdaniem Zamawiającego powodem wystąpienia ryzyka utraty dofinansowania nie jest zbyt późne wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zmiana pierwotnego terminu składania ofert na udzielenie zamówienia o 86 dni nie była okolicznością zależną od Zamawiającego ani przez niego zawinioną, gdyż spowodowana była licznymi zapytaniami wykonawców do treści SIWZ oraz wynikającej z tego modyfikacji SIWZ.

W ocenie Zamawiającego zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie umożliwiającym utrzymanie przyznanego dofinansowania w kwocie ok. 3 mln złotych jest uzasadnione zasadami prawidłowej gospodarki finansowej jednostek publicznych, a mając na uwadze znaczenie zamówienia dla mieszkańców Miasta Leszna i ewentualne jego niezrealizowanie na skutek utraty dofinansowania, tak rozumiany interes publiczny przeważa nad partykularnym interesem wykonawcy składającego odwołanie.

***Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:***

W dniu 11 grudnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy NODO Sp. z o.o., złożone w postępowaniu pn. *Przebudowa ulicy Fabrycznej w Lesznie*. Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz nieuprawnionego poprawienia omyłki w ofercie ww. wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 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.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją, która może być stosowana jedynie wyjątkowo, jest bowiem odstępstwem od zasady, zgodnie z którą do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę umowa nie może być zawarta, a która to zasada stanowi dla wykonawców gwarancję umożliwiającą skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z tego względu przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy określone w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp są restrykcyjne i nie mogą podlegać rozszerzającej interpretacji. Zamawiający, składając wniosek o uchylenie tego zakazu, powinien więc szczegółowo uzasadnić i wykazać, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego, na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego.

W ocenie Izby, Zamawiający w złożonym wniosku nie wykazał wystąpienia przesłanek, o których mowa w przywołanym przepisie, a które uzasadniałyby uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Po pierwsze wskazać należy, że niezasadne jest wykazywanie podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy poprzez powoływanie się na grożącą utratę dofinansowania, w sytuacji, kiedy ryzyko niezawarcia umowy w wymaganym terminie powstało wskutek niezapewnienia odpowiednio długiego czasu na rozstrzygnięcie postępowań przetargowych. W tym zakresie wskazać należy, że Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia miesiąc po podpisaniu umowy o dofinansowanie. W złożonym do Izby wniosku Zamawiający nie wyjaśnił, czym to było spowodowane ani nie wskazał, że nie było możliwe przygotowanie postępowania w taki sposób, aby zostało ono wszczęte we wcześniejszym terminie.

Następnie wskazać należy, że Zamawiający powinien uwzględnić w szacowanym czasie trwania postępowania przetargowego opóźnienia związane z pytaniami wykonawców do treści SIWZ i ewentualnymi modyfikacjami tego dokumentu. Zwracanie się przez wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ jest ich ustawowym uprawnieniem i nie stanowi nadzwyczajnej, niedającej się przewidzieć okoliczności. Z kolei dokonywane przez Zamawiającego modyfikacje SIWZ, wbrew twierdzeniom przedstawionym we wniosku, nie są okolicznościami niezależnymi od Zamawiającego, należy bowiem zakładać, że wynikają one z dostrzeżonych przez Zamawiającego uchybień lub niejasności w tym dokumencie.

Dalej zauważenia wymaga, że Zamawiający nie zwrócił się od organu udzielającego dofinansowania o przesunięcie terminu na zawarcie umowy z wykonawcą. Pismo Zamawiającego do Wojewody Wielkopolskiego z 4 września 2020 r. zawiera wniosek o przesunięcie terminu zakończenia realizacji inwestycji do 30 listopada 2021 r., nie zaś terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał w tym piśmie, że z uwagi na złożony charakter inwestycji, etap 2 nie będzie możliwy do wykonania do 30 czerwca 2021 r. Tymczasem warunkiem uzyskania dofinansowania, w świetle § 14 ust. 2 umowy o dofinansowanie, jest zawarcie umowy o udzielenie zamówienia w roku kalendarzowym, na który zostało przyznane dofinansowanie. W związku z tym zasadne było zwrócenie się do Wojewody Wielkopolskiego o zmianę terminu określonego w ww. postanowieniu umowy, czego Zamawiający nie uczynił. Podkreślić przy tym należy, że w związku z treścią pisma Zamawiającego z 4 września 2020 r. Wojewoda Wielkopolski poinformował, że nie ma możliwości zmiany terminów realizacji zadania bez dostarczenia wiążących dokumentów, nie zaś że nie ma możliwości zmiany terminu zawarcia umowy, która jest konieczna do przekazania dofinansowania. Pismo Zamawiającego do Wojewody Wielkopolskiego nie jest zatem potwierdzeniem tezy, że Zamawiający zabiegał o przesunięcie

terminu zawarcia umowy z wykonawcą w związku z przedłużającym się postępowaniem przetargowym, a odpowiedź Wojewody Wielkopolskiego nie jest potwierdzeniem, że zmiana tego terminu nie jest możliwa. Korespondencja z Wojewodą Wielkopolskim dotyczyła bowiem terminu wykonania inwestycji, a nie terminu zawarcia umowy z wykonawcą wybranym w wyniku przetargu. To na drugi z tych terminów powołuje się obecnie Zamawiający wskazując na groźbę utraty dofinansowania, nie wykazując jednak, że ryzyko niezachowania tego terminu wynika z okoliczności od niego niezależnych oraz że przedłużenie tego terminu nie było i nie jest możliwe.

Niezależnie od powyższego Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy mogłoby spowodować tak bardzo negatywne skutki dla interesu publicznego, że przewyższają one korzyści związane z ochroną wszystkich innych interesów. Nie negując znaczenia okoliczności wskazanych przez Zamawiającego, takich jak poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego czy zabezpieczenie mieszkańców przed skutkami opadów deszczu, stwierdzić należy, że nie mogą one automatycznie świadczyć o zasadności skorzystania z nadzwyczajnej możliwości, jaką jest uchylene zakazu zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem sprawy przez Izbę. Zauważyć bowiem należy, że większość inwestycji samorządowych przyczynia się do poprawy jakości życia i funkcjonowania społeczności lokalnej, a także poprawy bezpieczeństwa publicznego. Udzielanie zamówień na wykonywanie takich inwestycji co do zasady służy realizacji słusznego interesu publicznego, nie sposób jednak uznać, że w związku z tym w każdej takiej sytuacji interes ten przewyższa korzyści związane z ochroną wszystkich innych interesów. Ponadto zauważenia wymaga, że Zamawiający nie przedstawił żadnych danych związanych z wypadkowością na drodze mającej być przedmiotem inwestycji, nie załączył wniosku Policji, na który się powołał, nie wykazał również, jaka jest skala problemu związanego zalewaniem posesji w wyniku opadów deszczu.

Podsumowując należy stwierdzić, że ryzyko utraty dofinansowania inwestycji, spowodowane zbyt późnym wszczęciem postępowania przetargowego, nieuwzględnieniem czasu związanego z korzystaniem przez wykonawców z ich ustawowych praw (takich jak prawa do wnioskowania o wyjaśnienie SIWZ czy korzystania ze środków ochrony prawnej) oraz zaniechaniem dążenia do zmiany umowy o dofinansowanie w sposób gwarantujący otrzymanie dofinansowania również w przypadku zawarcia umowy z wykonawcą w terminie późniejszym niż pierwotnie określony, nie może usprawiedliwiać uchylenia zakazu zawarcia umowy. Ponadto, nie zostało wykazane, aby interes publiczny w realizacji tej inwestycji – jakkolwiek niewątpliwy – przewyższał potrzebę ochrony wszystkich innych interesów.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 183 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....