

POSTANOWIENIE
z dnia 19 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 19 października 2020 r. wniosku z dnia 15 października 2020 r. (wpływ) o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zamawiającego: Powiat Słupecki, ul. Poznańska 20, 62-400 Słupca** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego **na: „Pełnienie funkcji Inżyniera kontraktu nad realizacją przedsięwzięcia pn.: „Budowa nowego odcinka drogi powiatowej nr 3040P pomiędzy m. Powidz a m. Niezgoda oraz rozbudowa drogi powiatowej nr 3054P na odcinku Niezgoda Kochowo” prowadzonego w formule „zaprojektuj i wybuduj”, Numer referencyjny; BZP.272.15.2020 w trybie przetargu nieograniczonego w związku z odwołaniem wniesionym przez **A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AC DROGA A. C., ul. Rotmistrza W. Pileckiego 16/25, 62-400 Słupca** w dniu 28 września 2020 r.**

postanawia:

uchyla zakaz zawarcia umowy

do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Słupcki, ul. Poznańska 20, 62-400 Słupca prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Pełnienie funkcji Inżyniera kontraktu nad realizacją przedsięwzięcia pn.: „Budowa nowego odcinka drogi powiatowej nr 3040P pomiędzy m. Powidz a m. Niezgoda oraz rozbudowa drogi powiatowej nr 3054P na odcinku Niezgoda Kochowo” prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj”*, Numer referencyjny; BZP.272.15.2020. Wartość przedmiotowego zamówienia oszacowano na kwotę niższą niż wyrażona w złotych równoważność kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, tj. na wartość netto 743.902,44 PLN (słownie: siedemset czterdzieści trzy tysiące dziewięćset dwa złote 44/100 groszy), co stanowi równoważność 174 244, 59 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 578358-N-2020, data zamieszczenia 26.08.2020 r.

W dniu 15.10.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z wniesieniem w dniu 28.09.2020 r. odwołania przez A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AC DROGA A. C., ul. Rotmistrza W. Pileckiego 16/25, 62-400 Słupca zwanego dalej: „AC DROGA A.C.”, wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W uzasadnieniu niniejszego wniosku, Zamawiający wyjaśnił, że został zobowiązany umową z 19.09.2019 r nr FDS-10/2019 wraz z aneksem nr 1 z 27.02.2020 r., których przedmiotem jest udzielenie finansowania ze środków Funduszu Dróg Samorządowych zadania obronnego, polegającego na budowie nowego odcinka drogi powiatowej pomiędzy m. Powidz, a m. Niezgoda nr 3040P oraz rozbudowie drogi powiatowej nr 3054 P na odcinku Niezgoda-Kochowo. Przedmiotowa umowa realizowana jest w imieniu Skarbu Państwa przez Ministra Infrastruktury w uzgodnieniu z Szefostwem Transportu i Ruchu Wojsk Centrum Koordynacji Ruchu Wojsk. W związku z realizacją projektu budowlanego NATO polegającego na budowie składu amunicji i środków bojowych na terenie 33 Powidzkiej Bazy Lotnictwa Transportowego w Powidzu i związaniu Strony Polskiej terminami zakończenia poszczególnych etapów projektu, zachodzi konieczność zamknięcia drogi na odcinku Powidz - Niezgoda na potrzeby działań budowlanych i operacyjnego wykorzystania magazynów. Ponadto, Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu pismem nr 3494/19 z 18.06.2019 r. poinformował Starostę Słupckiego, że zgodnie z terminami określonymi przez stronę

amerykańską, zamknięcie odcinka drogi nr 3040P powinno nastąpić w nieprzekraczalnym terminie do 01.12.2020 r. z uwagi na planowane rozpoczęcie inwestycji amerykańskiej.

Wobec powyższego, Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego rozpoczęto inwestycje w trybie „zaprojektuj i wybuduj”, której przedmiotem jest budowa nowego odcinka drogi powiatowej nr 3040P pomiędzy m. Powidza m. Niezgoda oraz rozbudowa drogi powiatowej nr 3054P na odcinku Niezgoda - Kochowo. Przedmiotowa inwestycja jest realizowana w terminie do dnia 15.12.2021 r. i jej przedmiotem jest przygotowanie dokumentacji projektowej, uzyskanie decyzji ZRID i zakończenie robót budowlanych. Terminy wskazane w przedmiotowym postępowaniu wynikają z harmonogramu dofinansowania zadania i umowy z Ministerstwem Infrastruktury.

Przedmiotowa inwestycja wymaga rozbudowanego nadzoru prowadzonego przez zespół inspektorów nadzoru. Z uwagi na to, że wskazana inwestycja jest już w toku, wymaga ścisłego fachowego nadzoru inwestorskiego. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdził, że Zamawiający z należytą starannością i terminowo zaplanował harmonogram realizacji procesu inwestycyjnego, tak aby wszelkie roboty budowlane zakończyły się przed planowanym rozpoczęciem inwestycji NATO.

W związku z powyższym, Powiat Słupecki prowadzi postępowanie przetargowe w trybie przetargu nieograniczonego nr BZP 272.15.2020, którego przedmiotem jest: *„Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją przedsięwzięcia pn.: „Budowa nowego odcinka drogi powiatowej nr 3040P pomiędzy m. Powidz a m. Niezgoda oraz rozbudowa drogi powiatowej nr 3054P na odcinku Niezgoda Kochowo” prowadzonego w formule „zaprojektuj i wybuduj”, w celu wyłonienia wykonawcy pełniącego nadzór nad inwestycją o charakterze obronnym, w którym jeden z Wykonawców AC Droga A. C. został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” i w dniu 28.09.2020 r. złożył odwołanie od ww. czynności Zamawiającego, tj. wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Przedmiotowe odwołanie wstrzymuje Zamawiającemu możliwość wyłonienia Wykonawcy i zawarcia umowy. Zgodnie z art. 189 ust. 1 Pzp Izba rozpoznaje odwołanie terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby.*

Mając na uwadze trwający stan epidemii nie jest do przewidzenia przez Zamawiającego termin ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania. Z uwagi na wynikający z treści art. 183 ust. 1 Pzp zakaz zawarcia umowy, Zamawiający wnosi o zniesienie przedmiotowego zakazu wobec ziszczenia się przesłanek określonych ust. 2 tegoż przepisu

W konsekwencji stwierdził, że nie budzi wątpliwości, iż przedmiotowe zadanie jest zadaniem o charakterze obronnym, a brak jego realizacji w narzuconym przez Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu w imieniu NATO terminie spowoduje negatywne skutki dla interesu społecznego.

Na marginesie także wspomniał, że jego zdaniem złożone odwołanie jest całkowite bezzasadne, a zgodnie ze zgromadzonym materiałem przetargowym, w szczególności wyjaśnieniami tegoż oferenta w zakresie posiadanego doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko Koordynatora zespołu inżyniera kontraktu. Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, co do posiadanego doświadczenia przez osobę typowaną na koordynatora zespołu inżyniera kontraktu. Podkreślił, że Koordynator zespołu inżyniera kontraktu będzie pełnił kluczową rolę w nadzorze nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi w ramach zadania obronnego, stąd doświadczenie osoby typowanej na tą funkcję w okresie wskazanym przez Zamawiającego, stanowiło dodatkowe kryterium oceny ofert.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający, jak wskazał, otrzymał pismo od innego Wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, tj. Mariusz Kluczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo - Budowlane Camino Mariusz Kluczyk /według informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 08.10.2020 r. – jest to podmiot - Konsorcjum Firm 1) Mariusz Kluczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane CAMINO Mariusz Kluczyk (Lider konsorcjum); 2) Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. (Partner konsorcjum), ul. Klonowa 10, 55-002 Kamieniec Wrocławski; z adresem dla siedziby lidera: ul. Grzybowa 3/4, 62-030 Luboń/, w którym ten drugi Wykonawca sprzeciwił się ewentualnemu wyborowi Wykonawcy AC DROGA A. C., przedstawiając dowody braku doświadczenia AC Droga A. C. i wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez wykazywanie doświadczenia inspektora nadzoru na inwestycji, która była nadzorowana przez inny podmiot. Zamawiający wezwał AC Droga A. C. do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Wykonawca złożył wyjaśnienia wraz z oświadczeniem inwestora, którym na oferowanej inwestycji był Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu zwany dalej: „WZDW w Poznaniu”.

Przedstawiane przez AC Droga A. C. doświadczenie koordynatora zespołu inżyniera kontraktu, podane w ofercie, nie zostało potwierdzone przez WZDW w Poznaniu. WZDW w Poznaniu poinformował bowiem, że w okresie podanym przez Wykonawcę ofercie wskazana osoba pełniła funkcję kierownika projektu, a nie funkcję inspektora nadzoru. Kierownik projektu nie jest funkcją techniczną w budownictwie i nie

spełnia wymagań Zamawiającego. Dodatkowo w dzienniku budowy przedmiotowej inwestycji drogowej prowadzonej na rzecz WZDW w Poznaniu, jako inspektor nadzoru wpisana była zupełnie inna osoba, a sam nadzór pełniła firma zewnętrzna. Nawet jeżeli osoba proponowana przez Wykonawcę w marginalnym zakresie pełniła funkcję inspektora nadzoru nad robotami dodatkowymi, końcowymi odbiorami itp., to nie spełnia wymogu Zamawiającego, dotyczącego pełnienia funkcji inspektora nadzoru na konkretnym zakończonym kontrakcie.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Zamawiający miał obowiązek wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje przedstawione przez Wykonawcę bez wątpienia wprowadziły Zamawiającego w błąd, co do posiadanego przez Wykonawcę AC Droga doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji koordynatora zespołu inżyniera kontraktu. Wskazane w ofercie przez AC Droga A. C. doświadczenie obejmowało okres, w którym wskazana osoba była jedynie kierownikiem projektu, a nie inspektorem nadzoru.

Podsumowując, Zamawiający w celu zachowania terminów nałożonych przez Skarb Państwa, musi zakończyć procedurę wyboru wykonawcy pełniącego funkcję Inżyniera Kontraktu nad inwestycją o charakterze obronnym i rozpocząć niezwłocznie czynności nadzoru inwestorskiego. W chwili obecnej prowadzone są już prace projektowe wymagające stałego nadzoru inwestorskiego, a z uwagi na wymogi, dotyczące dróg obronnych i konieczność uzgadniania projektowanych, rozwiązań z Szefostwem Ruchu Wojsk, Zamawiający musi dysponować inżynierem kontraktu. Dodatkowo należy wspomnieć, że inwestycja ma priorytetowy charakter i każde opóźnienie w jej realizacji, w tym w dokonywaniu uzgodnień dokumentacji projektowej, będzie skutkowało opóźnieniem w uzyskaniu decyzji ZRID i w realizacji inwestycji, co może prowadzić do ewentualnego uszczerbku interesu publicznego, jakim dla kraju jest realizacja inwestycji NATO na terenie powiatu w rejonie 33 Powidzkiej Bazy Lotnictwa Transportowego (łącznie wartość przedsięwzięć na drogach o znaczeniu obronnym w rejonie przedmiotowej bazy: 199.550.000,00 zł).

Izba ustaliła, że odwołanie, którego dotyczy wniosek, wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28.09.2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepis art. 183 ust. 2 zdanie 2 Pzp uznała, iż wniosek ten zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 183 ust. 2 Pzp, przyznaje KIO kompetencje do uchylecia generalnego zakazu zawarcia umowy do czasu wydania orzeczenia w sprawie, wyłącznie w sytuacjach wyjątkowych, jeżeli negatywne konsekwencje tego zakazu dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, mogłyby przewyższyć wynikające z tego zakazu korzyści dla ochrony wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej, konieczne jest wykazanie, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się do treści wniosku, Izba przychyliła się do przedstawionej argumentacji, uznając stanowisko Zamawiającego za zasadne.

W ocenie Izby, Zamawiający wykazał, że zawarcie umowy z wykonawcą wybranym - w terminie po ogłoszeniu przez Izbę wyroku lub postanowienia, kończącego postępowanie odwoławcze - może wywołać, lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego. Sytuacja opisana we wniosku, pozwala na obiektywne ustalenie istnienia negatywnych skutków dla interesu publicznego w przypadku przedłużenia się procedury zawarcia umowy i negatywnych konsekwencji dla możliwości prawidłowego realizowania spoczywającego na Zamawiającym wymogu zamknięcia odcinka drogi nr 3040P w nieprzekraczalnym terminie do 01.12.2020 r. z uwagi na planowane rozpoczęcie inwestycji amerykańskiej, zgodnie z terminami określonymi przez stronę amerykańską. Izba dostrzegła, że Zamawiający zasadnie podnosił konieczność uwzględnienia realizacji projektu budowlanego NATO polegającego na budowie składu amunicji i środków bojowych na terenie 33 Powidzkiej Bazy Lotnictwa Transportowego w Powidzu i związania Strony Polskiej terminami zakończenia poszczególnych etapów projektu, zachodzi konieczność zamknięcia drogi na odcinku Powidz - Niezgoda na potrzeby działań budowlanych i operacyjnego wykorzystania magazynów.

Inwestycja - Budowa nowego odcinka drogi powiatowej nr 3040P pomiędzy m. Powidza m. Niezgoda oraz rozbudowa drogi powiatowej nr 3054P na odcinku Niezgoda - Kochowo jest realizowana w terminie do dnia 15.12.2021 r. jest inwestycją, z uwagi na przedstawione okoliczności, o charakterze obronnym i niewątpliwie wymaga rozbudowanego nadzoru prowadzonego przez zespół inspektorów nadzoru. Nadto, jest już w toku i wymaga ścisłego fachowego nadzoru inwestorskiego z zachowaniem terminowej realizacji procesu inwestycyjnego według harmonogramu, tak aby wszelkie roboty budowlane zakończyły się przed planowanym rozpoczęciem inwestycji NATO.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, zostały wykazane przez Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości i uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Zauważyć również należy, że rozpoznając wniosek, o którym mowa w art. 183 ust. 2 Pzp, Izba nie rozstrzyga o zasadności lub niezasadności odwołania, które jest rozpoznawane w ramach odrębnego postępowania odwoławczego. Stąd argumentacja Zamawiającego przedstawiona we wniosku dotycząca wniesionego odwołania jest bez znaczenia, albo co najwyżej nie ma decydującego znaczenia w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Izba podkreśla, że w swoim postanowieniu kierowała się zbiorowym dobrem wszystkich, nie tylko mieszkańców przywołanej jednostki samorządu terytorialnego, charakterem inwestycji budowlanej podlegającej nadzorowi, koniecznością zachowania terminów nałożonych przez Skarb Państwa, co skutkuje koniecznością zakończenia procedury wyboru wykonawcy pełniącego funkcję Inżyniera Kontraktu nad inwestycją o charakterze obronnym i rozpoczęcia niezwłocznie czynności nadzoru inwestorskiego. Nadto, wzięła pod uwagę, że w chwili obecnej prowadzone są już prace projektowe wymagające stałego nadzoru inwestorskiego, a z uwagi na wymogi, dotyczące dróg obronnych i konieczność uzgadniania projektowanych, rozwiązań z Szefostwem Ruchu Wojsk, Zamawiający musi dysponować inżynierem kontraktu. Izba zgodził się także, że inwestycja ma priorytetowy charakter i każde opóźnienie w jej realizacji, w tym w dokonywaniu uzgodnień dokumentacji projektowej, będzie skutkowało opóźnieniem w uzyskaniu decyzji ZRID i w realizacji inwestycji, co może prowadzić do ewentualnego uszczerbku interesu publicznego, jakim dla kraju jest realizacja inwestycji NATO na terenie powiatu w rejonie 33 Powidzkiej Bazy Lotnictwa Transportowego.

Jednocześnie, z uwagi na uwarunkowania organizacyjne oraz trwający stan epidemii nie jest do przewidzenia termin ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 3 Pzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy zostały spełnione, a to skutkowało uchyleniem zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....