

**Sygn. akt KIO/W 5/23**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 13 marca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 13 marca 2023 r. w Warszawie wniosku z dnia 10 marca 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 613/23, wniesionego przez zamawiającego Gminę Dobre

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę budynku Urzędu Gminy w Dobrem w celu stworzenia miejsca dla Gminnego Ośrodka Kultury i biblioteki publicznej (numer referencyjny: GKI 271.1.2023)

**postanawia:**

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

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

W dniu 10 marca 2023 r. zamawiający Gmina Dobre (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 2022 r. poz. 1710 ze zm., zwanej dalej „ustawą Pzp”), w postępowaniu o udzielenie zamówienia na rozbudowę budynku Urzędu Gminy w Dobrem w celu stworzenia miejsca dla Gminnego Ośrodka Kultury i biblioteki publicznej (numer referencyjny: GKI 271.1.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 stycznia 2023 r. nr 2023/BZP 000009878/01.

Rozpoznawany wniosek został złożony w związku z wniesieniem przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAL-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach, K. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Inżynierskich K.R. w Siedlcach, K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo – Budowlana MAL-POL K. W. w Siedlcach oraz Koronto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (dalej jako „Odwołujący”) w dniu 6 marca 2023 r. odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia ofert w ww. postępowaniu z uwagi na ich niezgodność z warunkami zamówienia. Postępowanie odwoławcze prowadzone jest pod sygn. akt KIO 613/23.

W piśmie z dnia 10 marca 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 578 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp wniósł o zwolnienie Gminy Dobre z zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ustawy Pzp z uwagi na następujące okoliczności: *„Przedmiotem postępowania jest rozbudowa Urzędu Gminy Dobre. Zadanie dofinansowane jest Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji strategicznych Nr Edycja2/2021/581/PolskiŁad. Budynek urzędu jest w trakcie częściowej rozbiórki i w jego miejsce ma być wybudowane nowe „skrzydło” mające stanowić jeden obiekt. W budynku urzędu obecnie pracują pracownicy i aktualnie burzone stare mniejsze skrzydło powoduje odsłonięcie zachodniej ściany budynku i swobodny dostęp do urzędu osób niepowołanych w dzień i w nocy. W rozbieranej części budynku znajduje się kotłownia zapewniająca ciepło do budynku oraz ciepłą wodę użytkową. Zamawiającemu zależy na jak najszybszym wejściu w teren Wykonawcy w celu zakończenia prac związanych ze stanem surowym i nową kotłownią gazową do kolejnego okresu grzewczego co w przypadku przedłużających się procedur będzie zagrożone dotrzymanie tego terminu. Zamawiającemu zależy również na*

*maksymalnym czasie skrócenia uciążliwości dla pracowników i interesantów, którzy muszą teraz mieścić się na zmniejszonej części istniejącego budynku. Odwołujący zmierza tylko do przedłużenia postępowania, ponieważ nawet w przypadku uwzględnienia odwołania oferta skarżącego wykonawcy przekracza możliwości finansowe Zamawiającego.”*

**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 rozbudowa budynku Urzędu Gminy w Dobrem w celu stworzenia miejsca dla Gminnego Ośrodka Kultury i biblioteki publicznej 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.

W treści wniosku Zamawiający wskazał jedynie na określone niedogodności techniczne, organizacyjne, które uzasadniać miałyby konieczność szybszego zawarcia umowy. Zamawiający wskazał, iż zależy mu na tym, aby nowy wykonawca jak najszybciej rozpoczął realizację zamówienia, aby zakończyć prace związane ze stanem surowym i nową kotłownią gazową do czasu kolejnego okresu grzewczego i aby skrócić okres uciążliwości dla pracowników i interesantów korzystających z budynku. Powyższe nie wykazuje, 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 niezgodnych z ustawą Pzp czynności lub zaniechań Zamawiającego, w tym interesu wykonawców ubiegających się o zamówienie. Zamawiający nie podał żadnych wymiernych danych, które chociażby uprawdopodobniałyby, że wstrzymanie się z udzieleniem przedmiotowego zamówienia do czasu rozstrzygnięcia Izby w sprawie o sygn. akt KIO 613/23 faktycznie spowoduje istotne zagrożenie dla realizacji inwestycji, np. dla zakończenia pewnych prac przed kolejnym okresem grzewczym, nie przedstawił żadnych informacji dotyczących założeń realizacyjnych przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, iż niewątpliwie każda rozbudowa obiektu stwarza niedogodności dla jego użytkowników, niemniej odpowiednie planowanie inwestycji pozwala na zmniejszenie tych niedogodności do niezbędnego minimum. Właściwa korelacja działań leży po stronie Zamawiającego i powinna zostać przez niego wzięta pod uwagę w procesie planowania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający ma obowiązek 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 terminie. Sytuacja, w której wykonawcy korzystają z przysługujących im środków ochrony prawnej, nie jest niczym nadzwyczajnym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a ustawowy czas na rozpoznanie odwołania jest krótki i wynosi 15 dni. Opóźnienia wynikające z korzystania przez wykonawców z ustawowych uprawnień do wniesienia odwołania są okolicznościami, które można było i należało przewidzieć wszczynając postępowanie. Nie mogą one same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z tak wyjątkowej instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Ustawodawca przyznaje bowiem prymat ochronie prawa wykonawców do korzystania z środków ochrony prawnej,

a ograniczenie tego prawa może mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach nadzwyczajnych, odpowiednio przez Zamawiającego wykazanych. Zamawiający nie wykazał, aby taka sytuacja zaistniała w rozpoznawanej sprawie.

Odnosząc się do przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba wskazuje, iż wnioskując o uchylenie zakazu zawarcia umowy na ww. podstawie, zadaniem Zamawiającego było uprawdopodobnić, że odwołanie nie zostało wniesione w celu ochrony interesu wykonawcy zmierzającego do poddania kontroli merytorycznej przez Izbę decyzji Zamawiającego pozbawiającej wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia, lecz w innym celu, ukrytym pod pozorem skorzystania z prawa wniesienia środka ochrony prawnej, a mianowicie w celu uniemożliwienia udzielenia zamówienia. Treść wniosku do powyższej kwestii w sposób merytoryczny nie odnosi.

Zamawiający jedynie hasłowo stwierdził, iż Odwołujący zmierza do przedłużenia postępowania, ponieważ cena jego oferty przekracza możliwości finansowe Zamawiającego, niemniej powyższe nie stanowi uprawdopodobnienia, że zamiarem Odwołującego jest doprowadzenie do uniemożliwienia udzielenia zamówienia. Podkreślić należy, iż zgodnie z wiodącym orzecznictwem nie pozbawiają wykonawcy dostępu do środków ochrony prawnej dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, zmierzające do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Działanie podmiotu kwestionującego wybór oferty, nawet w przypadku, gdy jego oferta przekracza budżet zamawiającego, prowadzi do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania, zaś ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp stanowi zdarzenie przyszłe, zależne nie tylko od wyniku postępowania odwoławczego, ale także możliwości zwiększenia przez zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W przedmiotowym przypadku Zamawiający w ogóle nie odniósł się do potencjalnej możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia ani różnicy istniejącej pomiędzy tą kwotą a ceną oferty Odwołującego, która nie jest znaczna.

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.

**Przewodniczący:** .....