

Sygn. akt KIO/W 21/23

POSTANOWIENIE

z dnia 9 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 9 października 2023 r. w Warszawie wniosku z dnia 5 października 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Gminę Murów** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. ***Utworzenie Centrum Usług Publicznych poprzez budowę budynku biurowego Urzędu Gminy w Murowie***

postanawia:

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

U z a s a d n i e

Gmina Murów, dalej „Zamawiający”, działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r. poz. 1605), dalej „ustawa Pzp”, złożyła w dniu 5 października 2023 r. wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. ***Utworzenie Centrum Usług Publicznych poprzez budowę budynku biurowego Urzędu Gminy w Murowie***. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00362559/01.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że efektem końcowym ogłoszonego postępowania ma być wybudowanie Centrum Usług Publicznych, w którym będą się mieścić: siedziba Urzędu Gminy w Murowie, siedziba Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Murowie, sala wiejska dla mieszkańców sołectwa Murów. Obecną siedzibą tymczasową Urzędu Gminy w Murowie od czerwca 2020 r. są pomieszczenia łącznika do sali gimnastycznej przy Publicznej Szkole Podstawowej w Zagwiździu. Gmina planowała w 2020 r. przeprowadzić termomodernizację dotychczasowego budynku Urzędu Gminy w Murowie przy ul. Dworcowej. Prace związane z termomodernizacją budynku biurowego Urzędu Gminy w Murowie rozpoczęły się w czerwcu 2020 r. Wówczas, po około tygodniu prowadzenia prac wewnątrz budynku przez wykonawcę, ujawnione zostały okoliczności, których nie można było przewidzieć przed przystąpieniem do wykonywania robót oraz w chwili przystąpienia do tych robót. Okoliczności te, to w szczególności nadpalenia drewnianej konstrukcji dachu, w głównej kalenicowej części dachu, przy czym niemożliwe było ustalenie ani przyczyn, ani czasu, w którym miał miejsce pożar, albowiem ani wykonawcy, ani inwestorowi nie była znana okoliczność, że kiedykolwiek w przeszłości doszło do pożaru tego budynku.

W następstwie powyższego nastąpiła konieczność zaprojektowania przebudowy budynku i oszacowania na nowo kosztów. Wstępna analiza kosztów (bez dokumentacji projektowej) wykazała, że nakłady na przebudowę urzędu mogą osiągnąć wysokość równą nakładom na budowę nowego obiektu. Analiza ta wykazała również, że ze względu na obowiązujące przepisy dot. obiektów użyteczności publicznej w znaczący sposób ograniczona zostałaby funkcjonalność obiektu (zmniejszenie powierzchni użytkowej) oraz liczba miejsc parkingowych dla klientów urzędu. Obecna siedziba Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Murowie jest obiektem niespełniającym wszystkich wymagań m.in. ergonomicznych czy BHP.

W celu zrealizowania inwestycji i polepszenia warunków pracy dla pracowników ww. instytucji oraz warunków świadczenia usług dla mieszkańców, Gmina Murów pozyskała środki z rezerwy celowej budżetu państwa na dofinansowanie zadań własnych. W przedmiotowym interesie publicznym, zgodnie z oświadczeniami złożonymi do wniosku o przyznanie dofinansowanie i decyzją Ministra Finansów o zapewnieniu finansowania wydatków z dnia 18.08.2023 r., jest wykorzystanie otrzymanych środków do końca 2024 r. W przeciwnym wypadku Gmina straci dofinansowanie.

Mając na względzie, że zamówienie publiczne dotyczy robót budowlanych oraz z uwagi na proces technologiczny wznoszenia obiektów budowlanych, niemożliwe jest wybudowanie takiego obiektu w ciągu jednego roku (tj. w roku 2024).

Dalej, Zamawiający wyjaśniał, że Gmina Murów jest gminą wiejską, z budżetem rocznym na poziomie 42.569.923,45 zł w roku 2023, przy czym dochody własne gminy na poziomie 23.433.414,74 zł, a zatem ze względów budżetowych samodzielnie nie ma i nie będzie miała w dającej się przewidzieć przyszłości możliwości realizacji inwestycji służącej ogółowi mieszkańców i to w zakresie zadań publicznych ciążących na administracji samorządowej tak w zakresie realizacji zadań własnych, jak i zleconych z zakresu administracji rządowej.

Zdaniem Zamawiającego, utrata środków finansowych przyznanych na realizację inwestycji jest realna, mając na uwadze charakter tych środków i ich umiejscowienie w określonej pozycji budżetu państwa, co spowoduje istotne konsekwencje o charakterze społecznym opisane wyżej.

W ocenie Zamawiającego, nie doszło do naruszenia procedur opisanych w odwołaniu. Odwołujący w głównej mierze wskazuje, że przedstawiona przez wybranego wykonawcę polisa ubezpieczeniowa obowiązująca od 11.09.2023 r do 10.09.2024 r. jest nieważna oraz zarzuca Zamawiającemu brak zastosowania procedury z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Podczas gdy Zamawiający z należytą starannością dokonał oceny ofert i wybrał wykonawcę, który spełnia wymogi określone w SWZ. Na wezwanie Zamawiającego wykonawca złożył wymagany dokument ważny na dzień składania ofert wraz z wyjaśnieniami, niebudzącymi wątpliwości Zamawiającego, czego skutkiem był wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Według 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.

Zamawiający podnosił również, że w jego ocenie odwołanie zostało wniesione jedynie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, gdyż materiał dowodowy, na który Odwołujący opiera swoje odwołanie, nie wskazuje, jakoby Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, a ponadto oferta złożona przez Odwołującego przewyższa kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Nie bez znaczenia w okolicznościach tej konkretnej sprawy jest fakt, iż wysokość środków finansowych, jakie Zamawiający przeznaczyć może na realizację zamówienia jest niższa od oferty Odwołującego, co prowadzi do wniosku, iż wypełniona jest także przesłanka z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący nie ma możliwości uzyskania zamówienia. Okoliczność ta jest oczywista dla Odwołującego, gdyż o wysokości środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, uczestnicy postępowania zostali poinformowani przed otwarciem ofert.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z 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.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy ma charakter wyjątkowy jako odstępstwo od generalnej zasady zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. 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 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 swojej argumentacji przedstawionej we wniosku nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek, o których mowa w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przesłanki określonej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że zamawiający składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy winien 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. Tymczasem w niniejszej sprawie, Zamawiający, w uzasadnieniu wniosku, nie podał żadnych argumentów pozwalających na zastosowanie instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy. W uzasadnieniu, które jest ogólne i lakoniczne, skoncentrował się tylko na twierdzeniu o utracie dofinansowania.

Ponadto, Zamawiający w złożonym wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy podnosił, że niemożliwe jest wybudowanie takiego obiektu w ciągu jednego roku (tj. w roku 2024). Powyższe stwierdzenie stoi w sprzeczności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, gdzie w pkt 4.2.10 wskazano okres realizacji zamówienia – do 2024-10-31.

W ocenie Izby, wniosek Zamawiającego nie zawiera żadnej analizy w przedmiocie negatywnych skutków dla interesu publicznego. Należy podkreślić, że sam fakt, że zamawiający działa w interesie publicznym, nie jest równoznaczny z tym, że każde opóźnienie

w udzieleniu dowolnego zamówienia spowoduje uszczerbek w interesie publicznym. Zaistnienie negatywnych skutków dla interesu publicznego powinno być przekonująco uzasadnione przez zamawiającego w indywidualnych uwarunkowaniach dotyczących konkretnego postępowania.

Równocześnie Izba zwraca uwagę, że z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika obowiązek przeprowadzenia przez zamawiającego 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. Dodatkowo, co istotne, Zamawiający wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy złożył dopiero dwa dni po wniesieniu odwołania do Prezesa Izby przez wykonawcę.

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. W ocenie Izby Zamawiający powyższej okoliczności nie uprawdopodobnił.

Izba wskazuje, że już samo poprzestanie na przedstawieniu tak lakonicznego uzasadnienia powoduje bezzasadność wniosku. Ponadto, argumentacja Zamawiającego o cenie oferty Odwołującego przewyższającej kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie może stanowić podstawy dla uchylenia zakazu zawarcia umowy. Przepis art. 578 ust. 2 ustawy Pzp precyzuje, w jakich okolicznościach Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, a taka możliwość stanowi wyjątek od wynikającej z art. 577 ustawy Pzp zasady. Oznacza to, że ww. przepis nie może być interpretowany rozszerzająco.

Zresztą Izba rozpoznając wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu, ani nie bada kwestii związanej z interesem we wniesieniu odwołania. W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylenia zakazu zawarcia umowy miałyby charakter „przedsądu”. Przepis art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zatem wyłącznie do przypadków oczywistych, które nie wymagają szczegółowej analizy odwołania.

Równocześnie należy podkreślić, że art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp referuje wprost do czynności „wniesienia odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy”.

Oznacza to, że zamiar uniemożliwienia zawarcia umowy jest jedynym celem wykonawcy i w kontekście niniejszej sprawy oznacza, iż wykonawca nie zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia w sytuacji gdyby było ono udzielane w trybie konkurencyjnym. Odwołanie wniesione przez wykonawcę jest pierwszym odwołaniem wniesionym wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie można zatem twierdzić, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. W przedmiotowym przypadku trudno uznać, aby Odwołujący wnosząc odwołanie działał w takim właśnie celu.

Reasumując, Izba uznała, że zawarcie umowy po ogłoszeniu wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, będzie stanowiło ochronę wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z jednoczesnym poszanowaniem interesu publicznego.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 578 ust. 4 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący: