

POSTANOWIENIE
z dnia 1 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **1 czerwca 2020 r.** w Warszawie wniosku z **29 maja 2020 r.** o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze

wniesionego przez: **Gmina Kluczewsko**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Kluczewsko* (nr postępowania B.271.2.2020)

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający umotywował swój wniosek powołując się na następujące okoliczności prawne i faktyczne.

Zamawiający podał, że postępowanie o udzielenie tego zamówienia wszczął 4 marca 2020 r., a 14 kwietnia 2020 r. zostało wniesione odwołanie na dokonany przez niego wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający zaznaczył, że aktualnie oczekuje na wyznaczenie terminu rozprawy w sprawie wniesionego odwołania z uwagi na wprowadzenie stanu epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2.

Zamawiający zrelacjonował, że prowadzi postępowanie w wyniku zawarcia 8 marca 2018 r. z Województwem Świętokrzyskim umowy nr RPSW.03.03.00-26-0002/16-00 o dofinansowanie Projektu RPSW.03.03.00-26-0002/16 pn.: *„Termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej na terenie Gminy Kluczewsko” współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Działania 3.3 „Poprawa efektywności energetycznej w sektorze publicznym i mieszkaniowym” Osi 3 „Efektywna i zielona energia” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020,*

którego termin zakończenia upływa 30 grudnia 2020 r. Projekt zakłada przeprowadzenie głębokiej termomodernizacji trzech budynków użyteczności publicznej w Gminie Kluczewsko (szkoły), w szczególności w zakresie wymiany stolarki okiennej, drzwiowej, termoizolacji, modernizacji istniejącej instalacji CO, montażu instalacji fotowoltaicznej. Realizacja projektu ma przyczynić się do osiągnięcia określonego efektu ekologicznego tj. zaoszczędzenia energii elektrycznej w ilości około 31,65 (MWh/rok), zaoszczędzenia energii cieplnej około 6093,01 GJ/rok, zmniejszenia zużycia energii końcowej w wyniku realizacji projektów o około 6315,63 GJ/rok, spadku emisji gazów cieplarnianych o około 833,68 (tony równoważnika CO²/rok). Wszystkie te działania mają na celu poprawę jakości środowiska naturalnego. Całkowita wartość projektu wynosi 5.117.300,00 zł , w tym współfinansowanie UE do kwoty 4.349.705,00 zł i stanowi 85,00 % kwoty całkowitych wydatków kwalifikowalnych projektu, natomiast wkład własny Zamawiającego jako beneficjenta wynosi 767.595,00 zł.

Zamawiający podał, że w celu zrealizowania projektu dotychczas już trzykrotnie prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowym zakresie. Pierwsze – wszczęte 8 maja 2018 r. (ogłoszenie nr 554506-N-2018) i unieważnione 8 czerwca 2018 r. Drugie – wszczęte 10 października 2018 r. (ogłoszenie nr 634250-N-2018) i unieważnione 14 listopada 2018 r. Trzecie – wszczęte 25 czerwca 2029 r. (ogłoszenie nr 528563-N-2019) i unieważnione 25 czerwca 2019 r. Przyczyną unieważnienia tych postępowań była okoliczność, że ceny ofert znacznie przekraczały kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie miał możliwości zwiększenia tej kwoty.

Zamawiający podkreślił, że działanie Odwołującego, którego oferta przewyższa znacznie kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, powoduje, że niemożliwa jest realizacja tak ważnego dla tutejszej społeczności zadania publicznego.

Według Zamawiającego bardzo istotna jest okoliczność, że termin realizacji zamówienia dla poszczególnych części był jednym z kryteriów wyboru ofert i istnieje obawa, że w przypadku przedłużającej się procedury wykonawca, którego oferta okazała się najkorzystniejsza, odmówi realizacji zamówienia z uwagi na zbyt krótki termin jego realizacji, nie chcąc się narażać na konieczność zapłaty kar umownych.

Zamawiający stwierdził, że z każdym kolejnym dniem, począwszy od dnia, w którym mógł zawrzeć umowę z wybranym przez siebie wykonawcą (tj. 20 kwietnia 2020 r.), niezawarcie umowy powoduje 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, gdyż:

- 1) uniemożliwia realizację zamówienia w terminach określonych przez wykonawcę w formularzu ofertowym;
- 2) w konsekwencji, w przypadku zaistnienia konieczności ponownego ogłoszenia postępowania, niemożliwa będzie realizacja projektu w terminie wynikającym z umowy o dofinansowanie tj. do 30 grudnia 2020 r.;
- 3) niezrealizowanie projektu w terminie wskazanym w umowie o dofinansowanie może spowodować wypowiedzenie tej umowy w związku z niezłożeniem przez Zamawiającego wniosku o płatność w terminie jej obowiązywania (§ 25 umowy) oraz utratę przez Zamawiających ponad 4 mln zł dofinansowania;
- 4) powoduje nasilenie się narastającego niekorzystnego odzewu społecznego – mieszkańcy oczekują skutecznego przeprowadzania procesu termomodernizacji tak ważnych obiektów użyteczności publicznej, jakimi są szkoły;
- 5) ewentualne zawarcie umowy dopiero w okresie jesiennym może skutkować niemożliwością jej realizacji w znacznej części z uwagi na fakt, że od września w placówkach oświatowych zacznie się nauczanie, a ponadto wymiana systemu ogrzewania w sezonie grzewczym (wynikający z konieczności czasowego wyłączenia instalacji CO) stanie się praktycznie niemożliwa;
- 6) wstrzymanie realizacji projektu, a w konsekwencji utrata dofinansowanie doprowadzi do odroczenia na bliżej nieokreślony czas możliwości realizacji tak ważnej inwestycji, a bez dofinansowania Gmina Kluczewsko nie jest w stanie zrealizować sama tak dużego zadania;
- 7) Nie zostanie osiągnięty zakładany w Projekcie efekt ekologiczny w postaci zaoszczędzenia energii elektrycznej i energii cieplnej, zmniejszenia zużycia energii końcowej oraz spadku emisji gazów cieplarnianych.

Według Zamawiającego nie może być również wątpliwości, że wskazane powyżej 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 przedmiotowym postępowaniu, gdyż cena oferty Odwołującego znacznie przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: w odniesieniu do części I o około 652.488,57 zł, zaś w odniesieniu do części 2 o 666.561,94 zł., stąd Zamawiający prawdopodobnie zmuszony byłby po raz czwarty unieważnić postępowanie,

Zamawiający wywiódł, że dla zastosowania art. 183 ust. 2 pzp konieczne jest co najmniej uprawdopodobnienie istnienia powołanych we wniosku okoliczności. W ocenie Zamawiającego wskazane wyżej okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny, że 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 tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający nie uprawdopodobnił, że niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania wniesionego w prowadzonym przez niego aktualnie prowadzonym postępowaniu zagraża realizacji zamówienia w terminie umożliwiającym otrzymanie dofinansowania przedsięwzięcia (tzw. projektu), które powinno zostać zakończone do 30 grudnia 2020 r.

W szczególności we wniosku brak jakichkolwiek informacji pozwalających na zorientowanie się, ile obiektywnie czasu wymaga wykonanie robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, czyli jaki okres musi upłynąć od podpisania umowy do zakończenia termomodernizacji objętych nią budynków. Zamiast tego, nawet w kontekście potrzeby ukończenia tych robót przed rozpoczęciem zajęć szkolnych (względnie sezonu grzewczego), Zamawiający ogólnikowo wskazuje, że opóźnienie w zawarciu umowy może skutkować niemożliwością jej realizacji w znacznym zakresie (względnie jej wykonanie będzie praktycznie niemożliwe), nie podając żadnych konkretnych informacji.

W istocie z wniosku wynika, że jedynym terminem, który ma stać się niemożliwy do dotrzymania, jest określony w ofercie przez zwycięskiego wykonawcę (również dzięki temu, że stanowił jedno z kryteriów oceny ofert) skrócony termin realizacji zamówienia. Choć Zamawiający również w tym przypadku nie podaje żadnych konkretnych, pośrednio z treści uzasadnienia wniosku wynika, że jest to termin określony przez podanie konkretnej daty, a nie przez podanie okresu, który upłynie od daty zawarcia umowy. W przeciwnym razie nie wiadomo, z czego miałyby wynikać niemożność zrealizowania zamówienia w skróconym w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego terminie.

Dopuszczenie określenia przez wykonawców deklarowanego w ramach kryterium oceny ofert skrócenia wymaganego terminu wykonania zamówienia jako konkretnej daty (zamiast długości okresu realizacji) i ewentualne niekorzystne konsekwencje takiego stanu rzeczy są okolicznościami wynikającymi z krótkowzroczności Zamawiającego, który miał możliwość odmiennego ukształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie ma wątpliwości, że realizacja tego zamówienia jest korzystna z punktu widzenia ochrony środowiska na terenie gminy, czyli leży w interesie publicznym, jednakże zagrożenie tego interesu nie może to sprowadzać się do przesunięcia terminu realizacji przedmiotowego zamówienia w stosunku do daty, którą wskazał w ofercie wybrany wykonawca,

w szczególności wynikłego z wniesienia odwołania przez innego wykonawcę, czyli skorzystania przez niego z przysługującego mu na mocy ustawy pzp środka ochrony prawnej jego interesów.

Nawet ewentualne przekroczenie określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonego datą terminu wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia samo w sobie nie stanowi o wystąpieniu obiektywnej niemożności zrealizowania tego zamówienia.

Nie ma żadnego znaczenia, ile poprzednio postępowań przeprowadził uprzednio Zamawiający na ten sam przedmiot zamówienia, zwłaszcza że przyczyną ich unieważnienia było za każdym razem niedopasowanie wysokości przeznaczonych na ten cel środków finansowych w stosunku do uwarunkowań rynkowych.

Również okoliczność, że cena oferty odwołującego się wykonawcy jest wyższa niż kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, nie może być samoistną podstawą do oceny braku po stronie tego wykonawcy zasługującego na ochronę interesu, zwłaszcza w sytuacji, gdy nie wiadomo, czy Zamawiający ewentualnie nie będzie mógł odpowiednio zwiększyć podanej przy otwarciu ofert kwoty.

W związku z wejściem w życie 16 maja 2020 r. przepisów ustawy z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. poz. 875) Krajowa Izba Odwoławcza podjęła rozpatrywanie spraw odwoławczych na posiedzeniach i rozprawach z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w trybie określonym ustawą Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Wniosek należało uznać za niezasadny.

Art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy pzp stanowi, że 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 zaznaczyć należy, że w świetle przywołanego przepisu Izba nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu. W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylenia zakazu zawarcia umowy miałyby

charakter przedsięwzięcia, swoistego wstępnego rozstrzygnięcia odwołania. *De lege lata* Izba bada wnioski zamawiającego wyłącznie pod kątem przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy wymaganych w art. 183 ust. 2 pzp, czyli ocenia, po pierwsze, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego oraz, w razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, czy te negatywne skutki przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Według doktryny i orzecznictwa ustalanie interesu publicznego pozostaje w związku z całokształtem okoliczności towarzyszących konkretnemu stanowi faktycznemu indywidualnie ocenianej sprawy i nie nadaje się do uniwersalnego unormowania prawnego. Nie jest również możliwe trwałe ustalenie pierwszeństwa interesu bez odniesienia do konkretnej sprawy. Stąd wydaje się, że wspominając o interesie publicznym należy przede wszystkim zastanowić się, czy dana potrzeba znajduje w obiektywnie określonej sytuacji faktycznej uzasadnienie społeczne z punktu widzenia korzyści, które może przynieść, a wymaga to relatywizacji do konkretnego układu wartości, z uwagi na który nadaje się jej publiczny wymiar. Poszukując treści pojęcia „interesu publicznego”, Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Przy czym zwykle czyni to przy okazji rozważań nad konfliktami, jakie występują pomiędzy interesem publicznym a indywidualnym, gdzie interes publiczny pełni rolę ogólnego wyznacznika granic wolności i praw jednostki. W ocenie Trybunału właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując, można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym), zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości: bezpieczeństwa prawnego, porządku publicznego, ochrony środowiska, ochrony zdrowia publicznego, ochrony moralności publicznej, wolności i praw innych osób. Doktryna i orzecznictwo posiłkuje się także uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z 12 marca 1997 r., zgodnie z którą interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Skoro Zamawiający nie wykazał negatywnych skutków dla interesu publicznego związanych z zawarciem umowy w razie niewydania przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze do jakiejś konkretnej daty, zakaz zawarcia umowy nie mógł zostać uchylony.

Z uwagi na powyższe Izba stosownie do art. 183 ust. 2 ustawy pzp postanowiła, jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 183 ust. 4 ustawy uzp.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.