

Sygn. akt: KIO/W 29/20

POSTANOWIENIE
z dnia 4 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 4 maja 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 29 kwietnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – Lotniczą Akademię Wojskową z siedzibą w Dęblinie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku wielofunkcyjnego” (Zp/pn/10/2020)

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

Zamawiający Lotnicza Akademia Wojskowa z siedzibą w Dęblinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku wielofunkcyjnego” (Zp/pn/10/2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 043-100768, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej. W przedmiotowym postępowaniu w dniu 12 marca 2020 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wobec treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, rozpoznawane pod sygn. akt KIO 519/20. W dniu 29 kwietnia 2020 r. Zamawiający wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843., zwanej dalej „ustawą Pzp”).

Zamawiający we wniosku przedstawił sposób finansowania inwestycji będącej przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia wskazując, iż będzie na ten cel otrzymywał dotację celową z Ministerstwa Obrony Narodowej na podstawie umowy, zgodnie z którą Zamawiający zobowiązany jest rozliczyć dotację otrzymaną na dany rok kalendarzowy w tym roku kalendarzowym. Rozliczenie obejmuje wykazanie przez Zamawiającego, że w danym roku, w tym przypadku w 2020, zostały wykonane roboty budowlane o wartości 11 000 000 zł i zostały one też przez Zamawiającego odebrane. Brak wykonania robót w danym roku w całości lub w części powoduje, że dotacja na dany rok w odpowiedniej części przepada, a umowa nie przewiduje przejścia jej na następny rok. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie ma pewności, czy roboty, które nie zostały wykonane w 2020 roku, będą sfinansowane z dotacji w latach następnych. W konsekwencji więc może prowadzić to do konieczności sfinansowania części robót ze środków własnych Zamawiającego, a to oznacza utratę środków zewnętrznych i w tym samym szkodę dla Zamawiającego. W związku z tym istotne jest, aby roboty budowlane, które miały być wykonane w 2020 roku, zostały w tym roku w całości wykonane, a to oznacza, że powinny rozpocząć się jak najwcześniej (wg założeń Zamawiającego powinny się rozpocząć już w kwietniu 2020 roku, tak aby mogły zostać wykonane w całości w zakresie przewidzianym dla 2020 roku i aby dotacja celowa w całości została rozliczona i nie nastąpiła przynajmniej częściowa jej utrata).

Następnie Zamawiający szczegółowo odniósł się do zarzutów odwołania wykonawcy Warbud S.A. przedstawiając argumentację wskazującą na bezzasadność tych zarzutów. W ocenie Zamawiającego wprowadzone przez niego w treści SIWZ kryterium w postaci wysokości kary umownej za zwłokę w wykonaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru częściowego w stosunku do aktualnego Harmonogramu rzeczowo-finansowego jest kryterium dopuszczalnym na gruncie ustawy Pzp i odnoszącym się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający przedstawił w tym zakresie szeroką argumentację z odwołaniem się do poglądów doktryny i orzecznictwa, a także wyjaśnił dlaczego wysokość tej kary jest istotnym czynnikiem dla Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia, wskazując, że terminowość jest kluczowa z perspektywy finansowania inwestycji zewnętrznymi dotacjami z MON, przewidzianymi na 5 lat, ale rozliczany za każdy rok z osobna. Podkreślił, że niewykorzystanie dotacji w całości będzie skutkowało utratą powstałej różnicy.

Zamawiający wskazał, iż niezwłoczne niezawarcie umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów. Jeżeli Zamawiający nie udzieli zamówienia niezwłocznie, nie będzie w stanie przerobić 11 000 000,00 zł w tym roku. Zamawiający w takim przypadku straci środki z dotacji MON. Taki stan rzeczy poważnie zagrazi inwestycji. Budowa budynku wielofunkcyjnego przy Lotniczej Akademii Wojskowej jest planowana od lat. W budynku będzie

znajdowało się 11 sal wykładowych dla 284 słuchaczy, gabinety wykładowców, pomieszczenia biurowe, pomieszczenia socjalne, serwerownia, pomieszczenie ksero, pomieszczenie porządkowe, pomieszczenie ochrony z zapleczem sanitarnym, pomieszczenia magazynowe. Budowa budynku wielofunkcyjnego jest niezbędna dla Uczelni, ze względu na konieczność zabezpieczenia bazy socjalnej, dydaktycznej oraz magazynowej Lotniczej Akademii Wojskowej, która na obecną chwilę jest niewystarczająca. Budowa nowego obiektu umożliwi zakwaterowanie 533 osób i pozwoli na zaspokojenie potrzeb Uczelni w zakresie socjalno-noclegowym, niezbędnym przede wszystkim do zakwaterowania podchorążych i słuchaczy kursów realizowanych na rzecz MON, a także bazy dydaktycznej oraz magazynowej. Powyższe zadanie jest również bardzo ważne w kontekście planowanych szkoleń studentów zagranicznych w ramach umów międzynarodowych. Ponadto Zamawiający wskazał, iż w związku z rosnącą liczbą studentów, brakuje sal wykładowych, gabinetów wykładowców oraz innych pomieszczeń dydaktycznych niezbędnych do funkcjonowania Uczelni. Powyższe zadanie jest również bardzo ważne w kontekście planowanych szkoleń studentów zagranicznych w ramach umów międzynarodowych, a to wynika z umów zawartych przez Państwo Polskie z rządami innych krajów, a także umożliwi realizowanie większej ilości kursów specjalistycznych dla słuchaczy kursów doskonalenia zawodowego realizowanych na potrzeby innych jednostek wojskowych.

Zamawiający wskazał także, że bez finansowania z zewnątrz nie byłby sam w stanie wybudować tak potrzebnego mu budynku wielofunkcyjnego. W związku z tym też istotne jest aby Zamawiający przez cały czas trwania robót był w stanie finansować tę budowę w całości z dotacji celowej. Osiągnięcie tego wymaga jednak, aby wykonawca wykonywał roboty terminowo, zgodnie z harmonogramem. Jednym i skutecznym przewidzianym prawem narzędziem motywującym wykonawcę do wykonania robót terminowo jest kara umowna określona w kodeksie cywilnym. Zamawiający mając jednak świadomość że kara ta jest dotkliwa dla wykonawcy postanowił w związku tym uczynić ją kryterium oceny ofert, a określić jej ostatecznej wysokości w granicach zawartych w SIWZ, pozostawić samym wykonawcom, którzy sami najlepiej znają swoje możliwości terminowego wykonania robót budowlanych. Terminowe wykonanie nie tylko całości robót, ale też jej poszczególnych etapów, jest w tym konkretnym przypadku jak najbardziej uzasadnione i nie jest sprzeczne z prawem. Zamawiający podkreślił także, że sam fakt uczynienia z wysokości kary umownej kryterium oceny oferty nie narusza równego i uczciwego traktowania wszystkich wykonawców, ponieważ to wymaganie jest im wszystkim z góry znane, jak również jego przyczyna, a samym wykonawcom Zamawiający pozostawił ocenę co do wysokości kary w tym przypadku.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Stosownie do art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może złożyć do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinie 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. Składając zatem wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Zamawiający powinien szczegółowo uzasadnić i wykazać, że kumulatywnie spełnione zostały wszystkie przesłanki wskazane w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, tj. po pierwsze, że niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, a po drugie, że negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Podkreślenia wymaga, że możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze stanowi wyjątek od zasady, że zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Tym samym wypełnienie ustawowych przesłanek pozwalających na uchylenie zakazu zawarcia umowy, jako wyjątek, nie może być interpretowane rozszerzająco. Oznacza to, że wykazanie negatywnych skutków dla interesu publicznego, jakie zaistnieją w przypadku niezawarcia umowy, musi mieć miejsce w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, podobnie jak wykazanie, że 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.

W ocenie Izby Zamawiający w uzasadnieniu rozpoznawanego wniosku nie tyle nie wykazał, co nawet nie uprawdopodobnił, wystąpienia którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp, co skutkuje koniecznością odmowy uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu wydania przez Izbę rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 519/20.

Po pierwsze Zamawiający nie przedstawił argumentacji mającej wskazywać na to, że niezawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Jak wynika wprost z treści art. 183 ust. 2 ustawy Pzp negatywne skutki, o których mowa w przepisie, referują do

interesu publicznego, a nie interesu własnego zamawiającego. Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie orzecznictwo przyjmuje rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego (por. m.in. postanowienie KIO z dnia 30 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 12/20). Z kolei Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w orzeczeniu z dnia 13 lipca 2010 r., II SA/Wa 488/10 stwierdził, że „Pojęcie „interesu publicznego” jest pojęciem niedookreślonym, nieposiadającym zwartej, zapisanej formuły na gruncie obowiązującego prawa. Interes publiczny odnosi się w swej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podstawowej struktury państwa. Skuteczne działanie w granicach interesu publicznego wiąże się z możliwością realnego wpływania na funkcjonowanie określonych instytucji państwa w szerokim tego słowa znaczeniu (por. m.in. postanowienie KIO z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 9/20).

Wniosek Zamawiającego nie zawiera żadnej analizy w czym w przedmiotowej sprawie wyrażać miałyby się interes publiczny ani nie wskazuje na jakikolwiek negatywny skutek dla tegoż interesu publicznego, jaki miałyby wiązać się z niezawarciem umowy. Argumentacja przedstawiona we wniosku odnosi się do interesu własnego Zamawiającego, którego nie sposób utożsamiać z interesem publicznym. Ogranicza się ona de facto do tezy, że opóźnienie w zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego może przełożyć się na brak możliwości wykorzystania całej dotacji celowej z MON przewidzianej na bieżący rok kalendarzowy i ewentualną konieczność pokrycia części kosztów inwestycji z własnych środków Zamawiającego czy też zagrożenie realizacji inwestycji. Zamawiający wskazuje, że brak możliwości zawarcia umowy może prowadzić do powstania szkody u Zamawiającego, nie wyjaśniając jednak jak powyższa okoliczność ma przekładać się na wystąpienie negatywnych skutków dla interesu publicznego. W ocenie Izby sam fakt braku możliwości wykorzystania części należnej dotacji czy też konieczność poniesienia części kosztów inwestycji z środków własnych nie stanowi co do zasady skutecznej przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy i nie może uzasadniać rezygnacji z ochrony interesów innych wykonawców, korzystających ze środków ochrony prawnej. Zamawiający nie tłumaczy także w żaden sposób dlaczego opóźnienie w budowie budynku mającego stanowić bazę dydaktyczną i noclegową dla uczelni Zamawiającego miałyby wiązać się z negatywnymi skutkami dla interesu publicznego. Jakkolwiek można zrozumieć wagę jaką ma powstanie przedmiotowego obiektu dla działalności prowadzonej przez Zamawiającego, to nie sposób sprowadzać interesu

własnego Zamawiającego do interesu publicznego, o którym mowa w art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp. Zamawiający zobligowany był wskazać, jakie negatywne skutki dla interesu publicznego może spowodować brak zawarcia umowy na budowę budynku wielofunkcyjnego, bo to ta właśnie okoliczność ma znaczenie dla rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Zamawiający jednakże obowiązkowi temu nie sprostał, ograniczając się do wskazania konsekwencji niedochowania zakładanego terminu rozpoczęcia realizacji robót budowlanych mogących dotknąć jedynie Zamawiającego.

Zamawiający nie przedstawił we wniosku również żadnej argumentacji w zakresie drugiej z przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy, tj. że negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Zamawiający powinien nie tylko dokonać rozróżnienia pomiędzy interesem publicznym, a interesem własnym na co wskazano powyżej, ale także wykazać dlaczego brak uchylenia zakazu zawarcia umowy na obecnym etapie postępowania powodowałoby tak istotne naruszenie interesu publicznego, iż uzasadniałby rezygnację z ochrony innych interesów, w tym interesu odwołującego czy innych wykonawców mogących brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Za pozostającą bez wpływu na ocenę wniosku Izba uznała szeroko zakrojoną argumentację odnoszącą się do braku zasadności zarzutów odwołania wniesionego przez wykonawcę Warbud S.A. Kwestia znaczenia ustalonego w postępowaniu kryterium oceny ofert dla realizacji umowy i ich zgodności z ustawą Pzp nie stanowi przedmiotu rozpoznania przez Izbę na obecnym etapie. Rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania Izba nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu, a wydanie postanowienia w tym przedmiocie nie ma charakteru „przedsądu”. Izba bada wniosek zamawiającego wyłącznie pod kątem przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy wymaganych w art. 183 ust. 2 Pzp. Izba nie weryfikuje zatem zasadności odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, który miałby uzasadniać ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów. Skoro Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek wskazanych w ww. przepisie, uchylenie zakazu zawarcia umowy – jako instytucja o charakterze nadzwyczajnym - nie może nastąpić nawet w sytuacji czasowego zawieszenia rozpoznawania odwołań przez Izbę.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał ani negatywnych skutków dla interesu publicznego, jakie mogłyby zostać spowodowane niezawarciem umowy przed wydaniem orzeczenia przez Izbę, ani okoliczności, iż miałyby one przewyższać 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. Tym samym wniosek nie mógł podlegać uwzględnieniu.

Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę także na etap złożenia przez Zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy – tj. etap kształtowania postanowień SIWZ. W związku z wniesieniem odwołania na treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ ustawa Pzp nie nakazuje zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, zamawiający może ich dokonywać. Jak wynika z art. 182 ust. 5 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający może przedłużyć termin składania ofert lub termin składania wniosków. Jest to zatem uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Co prawda ustawa Pzp nie wskazuje na etap postępowania, w którym możliwe jest złożenie przez zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, niemniej uchylenie tego zakazu w tym momencie niewątpliwie miałyby charakter abstrakcyjny, bowiem nie sposób dokonać oceny czy jakkolwiek wykonawca złoży w przedmiotowym postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu i czy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w ogóle będzie miała miejsce.

Z uwagi na powyższe, Izba na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: