

Sygn. akt: KIO/W 22/21

POSTANOWIENIE
z dnia 12 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 marca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 8 marca 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego Powiat Olkulski, w imieniu którego działa Zarząd Powiatu w Olkuszu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sali gimnastycznej przy Zespole Szkół nr 3 w Olkuszu”

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 8 marca 2021 r. zamawiający Powiat Olkusiński, w imieniu którego działa przedstawiciel ustawowy Zarząd Powiatu w Olkuszu ul. Mickiewicza 2, 32-300 Olkusz, wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zainicjowanego odwołaniem wniesionym w dniu 1 lutego 2021 r. przez odwołującego Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. w Katowicach.

Postępowanie odwoławcze dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Budowa sali gimnastycznej przy Zespole Szkół nr 3 w Olkuszu”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 grudnia 2020 r. pod numerem 767501-N-2020. Postępowanie na roboty budowlane posiada wartość poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.).

Zamawiający wniósł o uchylenie przez Izbę zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej „n.p.z.p.”, ponieważ w jego ocenie niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów.

Zamawiający w rozpoznawanym wniosku podniósł, że interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji samorządowej. W niniejszej sprawie zadaniem powiatu jest edukacja publiczna i kultura fizyczna, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy o samorządzie powiatowym. Celem i jednocześnie trudną do przecenienia korzyścią, jaka ma być uzyskania w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, jest umożliwienie odbywania zajęć sportowych, edukacyjnych i kulturalnych dla uczniów Zespołu Szkół Nr 3 w Olkuszu. Ze względu na znaczny wydatek na inwestycję, Zarząd Powiatu w Olkuszu na podstawie umowy zwartej w dniu 23.11.2020 r., pozyskał dofinansowanie ze środków Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej w ramach Programu Sportowa Polska w kwocie 2 293 200,00 zł. Zgodnie z tą umową nieprzekraczalny termin zakończenia inwestycji, warunkujący otrzymanie dofinansowania, to 31.03.2022 r., który z racji rozmiaru robót jest wyjątkowo krótki. Zamawiający dodał, że jakiegokolwiek opóźnienia stanowią zagrożenie dla bytu inwestycji, gdyż samodzielne finansowanie inwestycji przez Powiat Olkusiński odbyłoby się ze skrajnym obciążeniem budżetu powiatu, z uszczerbkiem dla realizacji innych ustawowych zadań.

Następnie podniesiono, iż zdaniem ekspertów w sprawach takich inwestycji (nie tylko zdaniem wykonawcy), opóźnienie spowodowane postępowaniem odwoławczym sygn. akt:

KIO 341/21 powoduje znaczne przesunięcie terminów realizacyjnych umowy o roboty budowlane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Ponadto, formularz umowy załączony do SIWZ (dowód w postępowaniu) dodatkowo przewiduje obowiązkową procedurę odbioru, uwzględniającego weryfikację przez inspektora nadzoru jakości wszelkich wykonanych prac. W wyniku opóźnienia spowodowanego postępowaniem odwoławczym terminy na dokonanie tych działań także uległyby przesunięciu.

W ocenie zamawiającego uwzględnić także należy, że inwestycja jest realizowana w stanie epidemii wywołanej COVID-19 i jest wysoce prawdopodobny krajowy *lockdown*, w którym angażowanie sił pracowniczych wykonawcy (i nie tylko) jest i będzie ograniczone. Ta powszechna sytuacja dodatkowo skomplikuje terminowość procesu realizacji zamówienia publicznego, a z tego powodu - utratę dofinansowania, a w konsekwencji - możliwość planowego ukończenia inwestycji.

Dalej zamawiający dodał, że jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie dowiódł (a nie tylko uprawdopodobnił), że odwołanie jest wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z ZRB P. Sp. z o.o. w Olkuszu, aby ewentualne orzeczenie izby umożliwiło odwołującemu zawarcie umowy z zamawiającym, czego dowodem jest treść żądania odwołującego. Zatem niezawarcie umowy nie tylko mogłoby spowodować, ale najprawdopodobniej spowoduje, negatywne skutki dla wskazanego 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, co zdaniem zamawiającego spełnia przesłanki art. 578 ust. 2 n.p.z.p.

W oparciu o treść złożonego przez zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz zebrany materiał procesowy Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy n.p.z.p. Natomiast na podstawie art. 578 ust. 2 n.p.z.p. 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.

Przenosząc powyższą normę na grunt rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że uchylenie zakazu zawarcia umowy wymagałoby zaprezentowania przez zamawiającego przekonującego stanowiska, popartego dowodami, a przynajmniej wiarygodnymi argumentami, potwierdzającymi zagrożenie terminu realizacji inwestycji i utraty dofinansowania, czego niestety w rozpoznawanym wniosku zabrakło. Praktyką w tym zakresie jest przykładowo złożenie dokumentów od instytucji przyznającej fundusze, odnoszących się do wiążących zamawiającego terminów i konieczności poniesienia wydatku w konkretnym okresie, czy braku możliwości zmiany umowy dotyczącej przyznanych środków. Ryzyko utraty dofinansowania i konieczność wykonania robót budowlanych własnym sumptem, czy brak możliwości wykonania zamówienia bez dofinansowania, jakkolwiek może w danym stanie rzeczy przesądzać o nadrzędności interesu publicznego nad interesem wykonawcy odwołującego, jednak powinno zostać przez jednostkę zamawiającą uprawdopodobnione. W omawianej normie ustawodawca wskazuje na konieczność zajścia prawdopodobieństwa doznania uszczerbku, co należy rozumieć jako obowiązek zamawiającego przedstawienia we wniosku rozbudowanej argumentacji, która pozwoliłaby Izbie na uznanie, że z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością zachodzą okoliczności, które zagrażają interesowi publicznemu. Pożądanym jest także poparcie swoich argumentów materiałem dowodowym.

W rozpoznawanym wniosku jednostka zamawiająca ograniczyła się do stwierdzenia, że 31.03.2022 r. jest terminem nieprzekraczalnym na zakończenie inwestycji, który wobec trwania postępowania odwoławczego został zagrożony. Okoliczność ta nie została poparta żadnym realnym uzasadnieniem, nie odniesiono się nawet do wskazania ile według szacunków zamawiającego zajmie realizacja zadania, w dokumentacji postępowania także określono to datą sztywną, bez wskazania ile miesięcy roboty będą wykonywane. Brak chociażby przybliżenia ile będzie trwała realizacja zadania uniemożliwia skonfrontowanie stanowiska zamawiającego z faktycznym zagrożeniem dochowania terminu i podzieleniem jego hipotezy. Natomiast co do samego faktu, że wniesiono odwołanie, to należy przypomnieć, że zamawiający będący profesjonalistą na rynku zamówień publicznych, winien mieć na uwadze, że kalkulując czas niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy uwzględnić prawo wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ sytuacja, kiedy wykonawca składa odwołanie nie jest sytuacją nadzwyczajną w procesie udzielenia zamówienia publicznego.

We wniosku podniesiono także argument, iż budowa jest realizowana w stanie epidemii koronawirusa SARS-CoV-2, co powoduje wysokie prawdopodobieństwo krajowego *lockdownu*, a w konsekwencji ograniczenie zaangażowania sił wykonawcy, mogące mieć

wpływ na planowe ukończenie inwestycji. Skład orzekający wskazuje, że nie ma żadnych podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy na tej podstawie, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu publicznym wszczynające procedurę przetargową opublikowane zostało w grudniu 2020 r., zatem trudno uznać za wiarygodną argumentację, że zamawiający podejmując decyzję o wszczęciu przetargu, a także ustalając treść dokumentacji postępowania i konstruując warunki umowy, nie wziął pod uwagę trwającej od kilku miesięcy epidemii. Regulacje prawne, wprowadzone do systemu prawa krajowego w związku z zagrożeniem zdrowia publicznego, w szczególności ustawą z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, obowiązywały już na kilka miesięcy przed podpisaniem umowy o dofinansowanie (23.11.2020 r.) i ogłoszeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (16.12.2020 r.). Powoływanie się obecnie na argumenty dotyczące trwającej w kraju i na świecie epidemii implikują, że decydując się na wszczęcie postępowania nie wzięto pod uwagę aktualnej sytuacji epidemiologicznej. Skład orzekający nie uznał tego stanowiska za wiarygodne. Jednostki zamawiające co do zasady są profesjonalistami działającymi na rynku zamówień publicznych i trudno uznać za wiarygodne, że kształtując dokumentację zamówienia i wzór umowy nie uwzględniono panującej od kilku miesięcy epidemii, chociażby ze względu na reżim i odpowiedzialność wynikającą z wydatkowania środków publicznych. Budzi także poważne wątpliwości supozycja, jakoby rządowa instytucja przyznająca dofinansowanie również nie uwzględniła faktu trwania stanu epidemii konstruując umowę w sprawie przyznania środków na roboty budowlane, w szczególności w zakresie narzucenia terminu realizacji inwestycji. Być może brak uwzględnienia tej okoliczności w warunkach umowy zawartej przez zamawiającego z Funduszem Rozwoju Kultury Fizycznej mogłaby potwierdzić treść umowy o dofinansowanie, której Izbie nie przedłożono, co obciąża zamawiającego.

W konsekwencji powyższego skład orzekający nie znalazł w rozpoznawanym wniosku argumentów, które pozwoliłyby na jego uwzględnienie i stwierdzenie zajścia w sprawie przesłanek umożliwiających uchylenie okresu *stand still* na kanwie art. 578 ust. 2 pkt 1 n.p.z.p.

Zamawiający wskazał także, iż jego zdaniem odwołujący wniósł środek zaskarżenia, aby uniemożliwić zawarcie umowy z jego konkurencją, co zdaniem strony udowodniono w odpowiedzi na odwołanie, a czego dodatkowym dowodem jest także treść żądania odwołującego – Izba nie podzieliła tego stanowiska.

Skład orzekający wskazuje, że w postępowaniu wpadkowym, dotyczącym uchylenia zakazu zawarcia umowy (konieczności zachowania okresu *stand still* do czasu wydania rozstrzygnięcia przez Izbę) Krajowa Izba Odwoławcza nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Izba nie rozpatruje zawartych w odwołaniu

zarzutów, a jedynie ocenia, czy odwołanie zostało wniesione w celu uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zaś niezasadnie przyjął, że wykorzystując postępowanie wпадkowe – czyli mające charakter uboczny w stosunku do sprawy głównej – wskaże na swoje merytoryczne stanowisko dotyczące zarzutów odwołania i na tej podstawie Izba zawczasu uzna, że odwołanie jest niezasadne, a w konsekwencji tego zezwoli na zawarcie umowy. Jednostka zamawiająca usiłuje więc wykorzystać wyjątkową instytucję uchylenia zakazu zawarcia umowy nie dla celu, dla jakiego została przewidziana w ustawie, a w celu merytorycznej polemiki ze stanowiskiem z odwołania, co zdaniem składu orzekającego nie zasługuje na ochronę prawną.

Przesłanka blokowania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być utożsamiana z samym faktem wniesienia odwołania i domagania się przez odwołującego weryfikacji zgodności z prawem czynności zamawiającego. Ustawodawca wskazał, że środek zaskarżenia wniesiony wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy może spowodować uchylenie okresu *stand still*, czyli będzie to odwołanie, przez którego wniesienie strona nie zmierza do uzyskania merytorycznego rozstrzygnięcia o jej prawach i obowiązkach, lecz wniesione w innym celu, ukrytym pod pozorem skorzystania z prawa wniesienia środka ochrony prawnej. Okoliczność wniesienia odwołania z tego jednego powodu – aby zablokować udzielenie zamówienia, powinna zostać przez zamawiającego uprawdopodobniona. Warto przy tym zaznaczyć, że ustawodawca, wnosząc po konstrukcji omawianej normy, intencjonalnie nałożył na zamawiającego obowiązek uprawdopodobnienia celu złożenia odwołania, do tego używając formy kwalifikowanej. Zamawiający ma obowiązek uprawdopodobnić, że wyłącznym (a nie np. głównym, czy jednym z wielu) celem złożenia odwołania jest uniemożliwienie zawarcia umowy. Zaś zamawiający w rozpoznawanej sprawie nawet nie podjął próby wskazania obiektywnych okoliczności, które mogłyby zostać poddane subsumpcji pod omawianą normę, usiłując oprzeć wniosek na własnym przekonaniu, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej prawidłowo i jego zdaniem odwołanie powinno zostać oddalone. Przyjmując tezy zamawiającego każde odwołanie, które w przekonaniu jednostki zamawiającej jest bezpodstawne, należałoby uznać za wniesione wyłącznie w celu blokowania zawarcia umowy z wybranym przez zamawiającego wykonawcą. Taka wykładnia omawianych przepisów jest nieprawidłowa.

Izba nie znalazła więc podstaw do przyjęcia, że odwołujący wniósł środek zaskarżenia jedynie, by przedłużyć zakaz podpisania umowy, czyli nadużywa uprawnienia do wniesienia odwołania, celem blokowania zawarcia umowy. Nic takiego nie wynika z ustalonego stanu rzeczy, zamawiający również nie wskazał na żadną okoliczność za tym przemawiającą. Natomiast subiektywna ocena zamawiającego w przedmiocie bezzasadności zarzutów odwołania nie mieści się w przesłance art. 578 ust. 2 pkt 2 n.p.z.p., zatem nie może stanowić o konieczności uchylenia okresu *stand still*.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że zamawiający nie wykazał, aby doszło do wypełnienia hipotezy art. 578 ust. 2 n.p.z.p., wadliwe założenia i gołosłowne stanowisko zamawiającego uniemożliwiło Izbie pozytywne rozpatrzenie złożonego wniosku.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji. Stosownie do art. 578 ust. 4 n.p.z.p. na niniejsze postanowienie skarga nie przysługuje.

Przewodniczący:

.....