

POSTANOWIENIE
z dnia 4 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 4 września 2020 r. wniosku z dnia 27 sierpnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Jarocińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę dwóch budynków mieszkalnych jednorodzinnych w Potarzycy przy ul. Noskowskiego - 78 mieszkań (dz. Nr 297/1)”; numer postępowania JTBS/ZP//2020 (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 564197-N-2020 z dnia 20 lipca 2020 r.);

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy

U z a s a d n i e

W dniu 27 sierpnia 2020 r. Zamawiający: Jarocińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie złożył wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na „Budowę dwóch budynków mieszkalnych jednorodzinnych w Potarzycy przy ul. Noskowskiego - 78 mieszkań (dz. Nr 297/1)” przed rozstrzygnięciem odwołania wniesionego przez wykonawcę: Agrobex Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, o czym został poinformowany w dniu 21 sierpnia 2020 r. (zawiadomienie o złożeniu odwołania przekazane przez odwołującego).

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, iż w okolicznościach niniejszej sprawy należy zwrócić uwagę, że postępowanie miało na celu wyłonienie wykonawcy na „Budowę dwóch budynków mieszkalnych jednorodzinnych w Potarzycy przy ul. Noskowskiego - 78 mieszkań (dz. Nr 297/1)”, budowę mieszkań czynszowych w gminie Jarocin z udziałem finansowym środków rządowych z Banku Gospodarstwa Krajowego (dalej „BGK”). Model finansowy zakłada finansowanie z dwóch źródeł: bezzwrotnego grantu, jaki bank przydziela Gminie Jarocin oraz z kredytu, udzielanego na rzecz Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający wskazał, że inwestycja objęta przedmiotowym zamówieniem finansowana jest z rządowych programów wspierania budownictwa mieszkaniowego BGK. Zgodnie z pismem z dnia 6 lipca 2020 r. Zamawiający uzyskał decyzję kredytową z BGK, która obecnie jest w trakcie aktualizacji (zmian warunków kredytowych ze względu na rozstrzygnięte postępowanie przetargowe i m.in. konieczność zwiększenia środków finansowych udziału własnego Zamawiającego w finansowaniu inwestycji). Decyzja ta dotyczy finansowania zwrotnego w ramach rządowego programu popierania budownictwa mieszkaniowego (program Społecznego Budownictwa Czynszowego), o których środki Zamawiający wnioskował składając wniosek we wrześniu 2019 roku. Zamawiający zwrócił uwagę, że wymieniona decyzja kredytowa zgodnie z punktem XI ust. 1. jest ważna do 30 września 2020 r. i do tego czasu konieczne jest zawarcie umowy Zamawiającego z BGK, ponieważ w przeciwnym przypadku decyzja będzie nieważna i tym samym Zamawiający utraci dla niej finansowanie.

Powyższe finansowanie połączone jest z innym programem rządowym - bezzwrotnym wsparciem budownictwa tzw. „grantem”, który uzyskuje Gmina Jarocin w wysokości 20% wartości inwestycji, a które w tym przypadku wynosi blisko 2,5 mln zł. Gmina Jarocin posiada podpisaną umowę z BGK na grant oraz posiada podpisane wszystkie niezbędne umowy z Zamawiającym na realizację inwestycji budowy dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych w Potarzycy przy ul. Noskowskiej.

Zamawiający wskazał również, że planowana budowa mieszkań czynszowych w Potarzycy zlokalizowana jest w sąsiedztwie placówki oświatowej (składającej się ze szkoły, przedszkola oraz planetarium), która zagrożona jest likwidacją. Wybudowanie mieszkań czynszowych w Potarzycy i pozyskanie nowych mieszkańców przysłuży się uratowaniu wymienionej placówki (bardzo ważnej dla znaczenia lokalnej społeczności i Gminy Jarocin z uwagi na znajdujące się w niej planetarium), ale także poprzez proces budowlany stworzy miejsca pracy, co jest bardzo ważne dla lokalnych mieszkańców i przedsiębiorców w dobie nadchodzącego kryzysu ekonomicznego związanego z epidemią. Gmina Jarocin wraz z Zamawiającym od dłuższego czasu stara się o jak najszybsze rozpoczęcie budowy mieszkań w wymienionej lokalizacji.

Zamawiający podniósł również okoliczność, że istotne w kontekście zarówno rozpoznawanego wniosku, jak też żądań odwołującego, zawartych w treści odwołania jest, że Zamawiający podczas otwarcia ofert podał wartość zamówienia, która wynosiła 12,391.363,54 zł. brutto. Złożone oferty w postępowaniu kształtowały się według załącznika informacji z otwarcia ofert: najniższa oferta złożona przez Investic Sp. z o.o. (12.748.637,69 zł brutto - poprawiona omyłka rachunkowa w ofercie) przewyższała ustaloną wartość zamówienia o 357.274,15 zł. W dniu 17 sierpnia 2020 r. Zamawiający podjął decyzję o zwiększeniu budżetu na realizację inwestycji i rozstrzygnął przetarg. W przypadku oferty Odwołującego - Agrobex Sp. z o.o. kwota oferty (14.616.597,44 zł brutto) przewyższa budżet Zamawiającego aż o 2.225.233,90 zł. Takiej kwoty Zamawiający nie mógłby dodatkowo zabezpieczyć na realizację inwestycji, w związku z czym w przypadku, gdyby oferta złożona przez Investic Sp. z o.o. w ocenie Zamawiającego nie spełniała kryteriów określonych w SIWZ, postępowanie przetargowe zostałyby unieważnione.

Z tych powodów, w przekonaniu Zamawiającego, zachodzi przesłanka do wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Po zapoznaniu się z przedmiotowym wnioskiem Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem, w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia takiej umowy o udzielenie zamówienia publicznego do chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę (art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, a z drugiej strony także interes zamawiającego (finanse publiczne) poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kwestionowanym zakresie, skoro już na tym etapie pojawiły się wątpliwości co do poprawności działania Zamawiającego, które może potencjalnie doprowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu i tym samym spowodować negatywne konsekwencje dla finansów publicznych. Jako wyjątek art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega więc stosowaniu zgodnie z zasadami przewidzianymi dla wyjątków, czyli ściśle i z zachowaniem ostrożności przy ustalaniu możliwości ich zastosowania w danym stanie faktycznym.

Przepis art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli jej niezawarcie 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.

Konieczne jest zatem wykazanie, że niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołań będzie godzić w interes publiczny, w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony ww. interesów.

Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego, przedstawioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz zarzuty odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał w niniejszym przypadku, iż niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołań będzie godzić w interes publiczny w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony interesów wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia.

Argumenty Zamawiającego, odnoszące się zarówno do możliwości utraty przez Zamawiającego finansowania, jak też okoliczności, że zrealizowanie zamówienia ma przyczynić się do powstrzymania likwidacji placówki oświatowej i zapewnić miejsca pracy - nie są wystarczającą podstawą uchylenia zakazu zawarcia umowy w rozumieniu art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za taką podstawę nie może być również uznana okoliczność, że ze względu na zaproponowaną przez wykonawcę Agrobex Sp. z o.o. cenę - gdyby to oferta Odwołującego miała zostać wybrana jako najkorzystniejsza - postępowanie zostałoby unieważnione, ze względu na brak odpowiednich środków finansowych po stronie Zamawiającego.

Podnoszone przez Zamawiającego okoliczności i dowody, które miałyby przemawiać za uwzględnieniem wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy mają charakter subiektywny, gdyż wskazują na możliwość utraty dofinansowania przez Zamawiającego.

Nie można uznać, że argumentacja Zamawiającego wskazuje na konieczność ochrony interesu publicznego. W szczególności Zamawiający jedynie informuje, nie przedstawiając na tą okoliczność żadnych dowodów o zagrożeniu likwidacji placówki oświatowej, którą miałyby uratować wykonanie zamówienia.

Nie sposób także uznać, że świadomość zaistnienia okoliczności przedstawianych przez Zamawiającego pojawiła się dopiero w dacie wszczęcia postępowania tj. 20 lipca 2020 r.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający, czy to zarządzając majątkiem publicznym, czy to wykonując swoje zadania ustawowe, powinien odpowiednio planować swoje działania, m.in. przeprowadzając postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze stosownym

wyprzedzeniem - na kwestię tę zarówno Izba, jak i Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwracali uwagę już wielokrotnie.

Zamawiający wszczął postępowanie w przedmiocie wykonania robót budowlanych 20 lipca 2020 r. Publikując ogłoszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę długość trwania samej procedury, w tym możliwość wystąpienia zdarzeń, które mogą wpłynąć na jej wydłużenie, jak możliwość skorzystania przez wykonawców z uprawnienia do złożenia wniosku o wyjaśnienie bądź zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. W przypadku wystąpienia tej ostatniej okoliczności należy liczyć się również z czasem trwania postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Należy jednak podkreślić, że wyłączną podstawą uchylecia zakazu zawarcia umowy jest przepis art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W złożonym wniosku Zamawiający nie wykazał przekonująco, w jaki sposób wyznaczony termin rozpoznania odwołania w niniejszej sprawie może wpłynąć negatywnie na interes publiczny.

W związku z powyższym, Izba postanowiła jak w sentencji.

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

Przewodniczący: