

POSTANOWIENIE
z dnia 10 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 10 maja 2018 roku w Warszawie wniosku z dnia 8 maja 2018 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku**, ul. Mostowa 11A, 80-778 Gdańsk w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *Pełnienie funkcji Inżyniera na zadaniu pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 211 – odcinek C od m. Mojusz do m. Kartuzy” w trakcie realizacji robót i w okresie rękojmi i gwarancji*

postanawia:

uchyla zakaz zawarcia umowy
do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą
wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

U z a s a d n i e

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: *Pełnienie funkcji Inżyniera na zadaniu pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 211 – odcinek C od m. Mojusz do m. Kartuzy” w trakcie realizacji robót i w okresie rękojmi i gwarancji.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2017 roku pod numerem 2017/S 246-515045.

Wnioskiem z dnia 8 maja 2018 roku (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej drogą elektroniczną – 8 maja 2018 roku, w formie pisemnej drogą pocztową – 10 maja 2018 roku) Zamawiający — w związku z odwołaniem wniesionym przez R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. BAUMARK R. S. (datowanym na dzień 4.05.2018 r.) - 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 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że wykonawca P.H.U. BAUMARK kilkakrotnie wnosił odwołania w przedmiotowym postępowaniu, każdorazowo wskazując na naruszenia przez Zamawiającego tych samych przepisów Pzp, tj.:

- 1) odwołanie wniesione w dniu 23.03.2018 r. – sygn. akt: KIO 535/18 – odwołanie oddalone wyrokiem z dnia 5.04.2018 r.;
- 2) odwołanie wniesione w dniu 9.04.2018 r. – sygn. akt: KIO 664/18 – odwołanie zwrócone postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.04.2018 r. z powodu nieusunięcia braków formalnych i braku uiszczenia wpisu;
- 3) odwołanie wniesione w dniu 16.04.2018 r. – sygn. akt: KIO 708/18 – odwołanie zwrócone postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.04.2018 r. z powodu nieusunięcia braków formalnych i braku uiszczenia wpisu;
- 4) odwołanie wniesione w dniu 23.04.2018 r. – sygn. akt: KIO 795/18 – Zamawiający podał, iż z informacji uzyskanych z Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że wykonawca nie uiszczył wpisu w wyznaczonym terminie;
- 5) odwołanie wniesione w dniu 4.05.2018 r. – którego dotyczy przedmiotowy wniosek.

Zamawiający podkreślił, iż odwołania, o których mowa w poz. 2, 3, 4 i 5 zostały wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, który upłynął w dniu 23.03.2018 r., a ponadto odwołania te zawierają zarzuty, które były rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu o sygn. akt: KIO 535/18 wszczętym na skutek odwołania wniesionego przez tego samego Wykonawcę.

Następnie Zamawiający wskazywał, że projekt rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 211 (15,3 km), objęty niniejszym postępowaniem, jest jednym z zadań strategicznych Województwa Pomorskiego w zakresie transportu „Mobilne Pomorze”, a droga ta łączy ważne ośrodki gospodarcze Województwa Pomorskiego. Zdaniem Zamawiającego przedmiot zamówienia dotyczy zadania realizowanego w ważnym celu i w ważnym interesie publicznym,

przejawiającym się poprawą warunków życia, bezpieczeństwem i zwiększeniem mobilności ludności. Zamawiający podniósł, iż z uwagi na wzrastające z roku na rok natężenie ruchu na drodze wojewódzkiej nr 211, pogorszeniu ulegają warunki bezpieczeństwa wszystkich uczestników ruchu drogowego, przy czym obserwuje się wzrost liczby wypadków i kolizji. Zamawiający podał, iż droga ta nie spełnia parametrów dla obsługi ruchu regionalnego. W ocenie Zamawiającego rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 211 przyczyni się do poprawy dostępności drogowej do Trójmiasta i wpłynie na poprawę bezpieczeństwa ruchu oraz płynności i komfortu podróżowania.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazywał, że przedmiotowe postępowanie jest współfinansowane z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014 – 2020. Natomiast umowa na roboty budowlane nad którymi ma być pełniony nadzór Inżyniera została zawarta w dniu 16.03.2018r. Zamawiający podnosił, że przedłużająca się niemożność zawarcia umowy w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia na pełnienie funkcji Inżyniera na zadaniu „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 211 – odcinek C od m. Mojusz do m. Kartuzy” w trakcie realizacji robót i w okresie rękojmi i gwarancji powoduje brak możliwości pełnej realizacji robót drogowych, wprowadzając tym samym ryzyko niewykorzystania w roku 2018 środków finansowanych zaplanowanych w Wieloletniej Prognozie Finansowej na realizację przedmiotowego przedsięwzięcia. Zamawiający wskazywał, że niewydatkowanie środków w roku 2018 spowoduje konieczność zabezpieczenia w roku 2019 środków w części, która nie zostanie wykorzystana w roku 2018, tym samym niewydatkowana część środków może stanowić znaczne obciążenie dla Województwa Pomorskiego przy planowaniu budżetu na rok 2019.

Dodatkowo Zamawiający podnosił, iż Wykonawca robót może wystąpić z roszczeniem o wydłużenie terminu realizacji robót i dodatkowe wynagrodzenie, czy też ze strony Wykonawcy może grozić sankcja w postaci zerwania kontraktu. Z kolei brak kompleksowego nadzoru nad realizacją robót może uniemożliwić Zamawiającemu właściwą ocenę i podejmowanie odpowiednich decyzji w zakresie prawidłowości prowadzonych przez Wykonawcę robót. W konsekwencji brak nadzoru nad realizowaną inwestycją może powodować nałożenie na Zamawiającego kar finansowych i grzywien.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, iż w jego ocenie, działania podejmowane przez Wykonawcę P.H.U. BAUMARK nie mają na celu rzeczywistego zakwestionowania czynności, czy zaniechań Zamawiającego, ale uniemożliwienie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z Wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i 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, zwanych dalej „orzeczeniem”.*

Z kolei przepis art. 183 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż: *Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. 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.*

Z powołanych powyżej przepisów wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Uzasadnia go wyłącznie nadzwyczajna sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez Zamawiającego czynności.

W ocenie Izby wnioski Zamawiającego jest uzasadniony.

Zamawiający wykazał, że w niniejszej sprawie istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania i tym samym wykazał przesłanki, określone w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Zasadniczym argumentem powołanym przez Zamawiającego w uzasadnieniu wniosku jest to, że odwołanie zostało wniesione przez Wykonawcę, który już kilkakrotnie wnosił odwołania w przedmiotowym postępowaniu, wskazując każdorazowo na naruszenie tych samych przepisów ustawy Pzp oraz, że podejmowane przez niego działania miały na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Izba w pełni podziela w tym zakresie argumentację przedstawioną przez Zamawiającego. W ocenie Izby działania podejmowane przez Wykonawcę R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. BAUMARK R. S. nie zmierzają w istocie do ochrony jego interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o

udzielenie zamówienia, lecz mają na celu uniemożliwienie zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy.

Wskazać należy, że na etapie rozpatrywania wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu, Izba nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Nie rozpatruje też zawartych w nim zarzutów, a jedynie ocenia wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu Wykonawcy składającego środki ochrony prawnej).

Niemniej jednak Izba ma na uwadze, że Wykonawca R. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. BAUMARK R. S. już kilkakrotnie wnosił odwołania, zawierające identyczne zarzuty i tożsamą treść, zmieniając jedynie datę widniejącą na poszczególnych odwołaniach. Co więcej, w każdym z odwołań wskazywał, że Zamawiający przesłał mu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 13 marca 2018 roku, w związku z czym termin na wniesienie odwołania według jego oświadczenia mijał w dniu 23 marca 2018 roku.

Pierwsze odwołanie wniesione w terminie - w dniu 23 marca 2018 roku – zostało oddalone wyrokiem wydanym w sprawie KIO 535/18 z dnia 5.04.2018 r., kolejne zaś zostały zwrócone z uwagi na nieusunięcie braków formalnych, brak wpisu. Powyższe wskazuje na to, że ww. Wykonawca nie oczekiwał ochrony jego interesu, jako wykonawcy wnoszącego odwołanie wobec wadliwych czynności Zamawiającego, lecz swym działaniem chciał uniemożliwić Zamawiającemu zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z Wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Podnieść należy, iż takie działanie stanowi w istocie nadużycie prawa i nie może korzystać z ochrony prawnej. Zgodnie bowiem z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny [tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 459, ze zm.] *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.* Z okoliczności przywołanych przez Zamawiającego wynika, że również obecne odwołanie zostało wniesione przez R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. BAUMARK R. S. jedynie dla pozorów.

Ponadto, Izba uznała, że Zamawiający wykazał, iż uchylenie zakazu zawarcia umowy leży w interesie publicznym. Niewątpliwie rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 211, łączącej ważne ośrodki gospodarcze Województwa Pomorskiego jest ważną inwestycją, dzięki której poprawie ulegnie bezpieczeństwo w ruchu drogowym, jak i sam komfort podróży. Należy podkreślić, że przedmiotem niniejszego postępowania jest Pełnienie funkcji Inżyniera na zadaniu pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 211 – odcinek C od m. Mojuż do m. Kartuzy” w trakcie realizacji robót i w okresie rękojmi i gwarancji. Z kolei umowa

na roboty budowlane, nad którymi ma być pełniony właśnie nadzór Inżyniera została zawarta w dniu 16 marca 2018 roku. Zatem, niemożność zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikająca z kolejno wnoszonych odwołań (o tej samej treści) przez Wykonawcę R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. BAUMARK R. S., powoduje również brak pełnej możliwości realizacji robót drogowych, wynikających z umowy zawartej w dniu 16 marca 2018 roku. Nie bez znaczenia jest też aspekt finansowy i ryzyko niewykorzystania środków finansowych w 2018 roku.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że niezawarcie umowy w ramach przedmiotowego postępowania 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 i na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: