

Sygn. akt: KIO/W 20/19

POSTANOWIENIE

z dnia 13 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 13 listopada 2019 r. w Warszawie wniosku z dnia 8 listopada 2019 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Radomiu Sp. z o.o.**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dokończenie obiektu sportowego obejmującego halę sportowo-widowiskową oraz stadion piłkarski w Radomiu przy ul. Struga oraz budowa dróg służących obsłudze Radomskiego Centrum Sportu”*

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Radomiu Sp. z o.o. – na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) w dniu 8 listopada 2019 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu pn. *„Dokończenie obiektu sportowego obejmującego halę sportowo-widowiskową oraz stadion piłkarski w Radomiu przy ul. Struga oraz budowa dróg służących obsłudze Radomskiego Centrum Sportu”*.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podał, że prowadzone postępowanie swym przedmiotem obejmuje dokończenie hali sportowo-widowiskowej oraz stadionu piłkarskiego, będących obiektami użyteczności publicznej o wartości przekraczającej łącznie 100 milionów złotych. Zamawiający wyjaśnił, że roboty dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia osiągnęły zaawansowane stadium, lecz ze względu na odstąpienie przez Zamawiającego

z winy poprzedniego wykonawcy od umowy oraz konieczność przeprowadzenia nowego przetargu, nie zostały ukończone. Jak stwierdził Zamawiający, w chwili obecnej między innymi nie jest możliwe zabezpieczenie budynku hali sportowej na wypadek nadejścia niskich temperatur. Zbliżający się sezon zimowy w połączeniu z obecnym brakiem możliwości ogrzewania obiektów sprawia, jak zauważył Zamawiający, że powstaje uzasadnione ryzyko wystąpienia znacznej szkody majątkowej. Zdaniem Zamawiającego, w interesie publicznym wskazane jest podjęcie natychmiastowych działań w celu zażegnania grożącego inwestycji niebezpieczeństwa i wykonanie niezbędnych prac objętych zamówieniem. Zamawiający argumentował, że w przeciwnym razie może dojść do sytuacji, w której konieczne będzie uruchomienie dalszego strumienia publicznych środków tylko ze względu na wniesienie bezprzedmiotowych zarzutów przez podmiot nieposiadający przymiotu wykonawcy w tym postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi prawdopodobieństwo doznania przez wykonawcę, który złożył odwołanie, uszczerbku w wyniku czynności podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego. Zamawiający zwrócił uwagę, że wykonawca ten nie złożył oferty w postępowaniu, w związku z czym nie posiada interesu w pozyskaniu zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego, twierdzenia o możliwości unieważnienia postępowania mają raczej charakter życzeń Odwołującego, których w żaden sposób nie potwierdza stan faktyczny sprawy. Zamawiający zauważył, że wykonawca, który złożył odwołanie nie ma możliwości pozyskania zamówienia na obecnym etapie sprawy, a zatem nie może ponieść uszczerbku w wyniku uchylecia zakazu zawarcia umowy. W ocenie Zamawiającego, nie zachodzi zatem żadne prawdopodobieństwo naruszenia jego interesów. Zamawiający stwierdził, że należy uznać, że wszystkie przesłanki określone w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, uzasadniające uchYLECIE zakazu zawarcia umowy przez Izbę są spełnione, gdyż negatywne skutki dla interesu publicznego w sposób oczywisty przewyższają 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.

Zamawiający podniósł, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, a zatem zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, musi podlegać odrzuceniu. W ocenie Zamawiającego, odwołanie podlega odrzuceniu także na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w dniu 11 października 2019 r. zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o rozstrzygnięciu przetargu zawierające informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jak zaznaczył Zamawiający, informacja ta była publicznie dostępna, a podmioty zainteresowane pozyskaniem zamówienia publicznego musiały liczyć się z jej znaczeniem. Zamawiający

stwierdził, że to od tego zdarzenia należy liczyć bieg terminu na wniesienie odwołania, zaś wniesienie go w dniu 6 listopada 2019 r. jest działaniem dalece spóźnionym.

W ocenie Zamawiającego, odwołanie zostało wniesione jedynie dla uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający uznał, że postawa wykonawcy wnoszącego dalece spóźnione i oczywiście bezzasadne odwołanie w przededniu planowanego terminu podpisania umowy nosi wszelkie znamiona nadużycia prawa. Stosownie bowiem do przepisów ustawy Pzp, Zamawiający aż do czasu wydania rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą co do zasady nie ma możliwości zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. Zamawiający wskazał, że wykonawca, który złożył odwołanie, swoją nieuzasadnioną postawą uniemożliwia realizację ważnej społecznie inwestycji i naraża na poważną szkodę podmiot realizujący misję publiczną.

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. 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.

W ocenie Izby Zamawiający w uzasadnieniu wniosku nie przedstawił argumentacji pozwalającej na zastosowanie instytucji o charakterze nadzwyczajnym, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy. 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.

Izba miała na względzie, że realizacja zamówienia, którego przedmiotem jest dokończenie obiektu sportowego obejmującego halę sportowo-widowiskową oraz stadion piłkarski w Radomiu, niewątpliwie leży w szeroko pojętym interesie publicznym, natomiast sam ten fakt nie może przesądzać o uchyleniu zakazu zawarcia umowy. Zamawiający musi wskazać konkretne, obiektywne okoliczności przemawiające za uchyleniem tego zakazu, a nie relatywnie mogące powstać następstwa opóźnień w realizacji ww. zadania. Argumentacja Zamawiającego o możliwości wystąpienia szkody majątkowej w sytuacji wystąpienia niskich temperatur nie została poparta żadnymi konkretnymi danymi obrazującymi rozmiar i skalę potencjalnych zagrożeń. Zamawiający nie złożył również żadnych dowodów, poprzestając na gołosłownych twierdzeniach.

Zamawiający powinien wykazać, dlaczego w jego ocenie negatywne skutki dla interesu publicznego mogą wystąpić na skutek wstrzymania się z zawarciem umowy do czasu rozpoznania sprawy przez Izbę. Nie chodzi tutaj o wykazanie przez Zamawiającego wszelkich potencjalnych zagrożeń związanych z wstrzymaniem inwestycji w dłuższej perspektywie czasowej, lecz tych, które z dużym prawdopodobieństwem mogą wystąpić przez relatywnie krótki okres, tj. do wydania przez Izbę orzeczenia w sprawie wywołanej wniesionym odwołaniem. Zamawiający pomija okoliczność, iż zgodnie z art. 189 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby i termin ten co do zasady, z zastrzeżeniem sytuacji wyjątkowych, jest dochowywany. Natomiast po wydaniu orzeczenia przez Izbę, tj. po jego ogłoszeniu, Zamawiający jeszcze tego samego dnia może zawrzeć umowę, jeżeli orzeczenie będzie dla niego korzystne. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że zaledwie kilkudniowe opóźnienie w zawarciu umowy w przypadku nieuchylenia przez Izbę zakazu jej zawarcia (tj. do czasu rozpoznania odwołania przez Izbę), ma tak nieważne znaczenie z perspektywy interesu publicznego, że negatywne skutki takiego działania będą przewyższać korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku.

Uzasadniając swój wniosek Zamawiający w znacznej mierze skupił się na wykazaniu braku podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania oraz jego bezzasadności. Tymczasem Izba rozpoznając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie bada skuteczności wniesionego odwołania, a tylko zaistnienie podstaw do uchylenia ww. zakazu, o których mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne skutki dla interesu publicznego spowodowane niezawarciem umowy przed wydaniem orzeczenia przez Izbę nie zostały wykazane przez Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości i uzasadniający okoliczność, że przewyższają one 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.

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: