

Sygn. akt KIO/W 98/20

POSTANOWIENIE
z dnia 16 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 16 listopada 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 12 listopada 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – Nakielski Ośrodek Kultury im. Z. Kornaszewskiego - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja kina w Nakle nad Notecią pozwalająca na wznowienie działalności filmowej”,

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Uzasadnienie

Zamawiający - Nakielski Ośrodek Kultury im. Zygmunta Kornaszewskiego (dalej „**Zamawiający**”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa” albo „Pzp” postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja kina w Nakle nad Notecią pozwalająca na wznowienie działalności filmowej”.

W dniu 15 października 2020 roku Zamawiający ogłosił przetarg na dostawę i montaż foteli w ramach zadania "Modernizacja kina w Nakle nad Notecią pozwalająca na wznowienie działalności filmowej. W dniu 2 listopada 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy MEGAN SEATING M. G..

W dniu 12 listopada 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że od kilku lat Gmina Nakło prowadzi etapami modernizację pomieszczeń Nakielskiego Ośrodka Kultury.

Jednym z jej elementów jest modernizacja Sali widowiskowo – kinowej, w ramach której zmodernizowano wnętrze i planowano zakupić fotele. Środki na realizację zadania Nakielski Ośrodek Kultury pozyskał z Państwowego Instytutu Sztuki Filmowej oraz od Gminy Nakło. W celu zabezpieczenia wkładu Gmina Nakło podjęła decyzje o emisji obligacji komunalnych. Jednym z zadań wskazanych do realizacji ze środków pochodzących z ich emisji jest zadanie z przedmiotowego postępowania, które zgodnie z zapisami umowy na emisję obligacji muszą być przez Gminę wydatkowane w roku 2020. W celu realizacji zadania Zamawiający podpisał umowę z Gminą Nakło o dofinansowanie. Zamawiający wskazał, że zmuszony był unieważnić poprzednie postępowanie. W ocenie Zamawiającego, zachodzą okoliczności uzasadniające uchylenie zakazu zawarcia umowy. W przypadku pozostawienia sprawy w normalnym biegu Gmina poniesie negatywne konsekwencje nie wywiązywania się z umowy o emisji obligacji z tytułu wydatkowania kwoty otrzymanej z emisji obligacji. Spowoduje to również brak możliwości podpisania umowy o dostawę z ostatecznie wybranym wykonawcą w bieżącym roku, gdyż zgodnie z postanowieniami SIWZ termin realizacji zadania został określony do dnia 21 grudnia 2020 r. Zamawiający wskazał, że w przypadku braku realizacji zadania w tym roku mieszkańcy zostaną pozbawieni dostępu do kultury, zaś Zamawiający nie zrealizuje w pełni umowy jaką zawarł z Gminą Nakło oraz Państwowym Instytutem Sztuki Filmowej. Zamawiający wskazał również, że ze względu na epidemię COVID – 19 wpływ środków budżetowych w następnym roku budżetowym będzie znacznie niższy, co oznacza, że Gmina Nakło nie będzie w stanie zabezpieczyć niezbędnych środków w przyszłorocznym budżecie.

Izba zważyła, co następuje:

Wniosek zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 183 ust. 2 zdanie drugie Pzp stanowi, że 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. Powołany przepis wymaga zatem ustalenia w pierwszej kolejności, czy brak udzielenia zamówienia, czyli niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem skutkiem czynności podjętych przez 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 ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku Zamawiającego Izba uznała, iż w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki uzasadniające uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Należy wskazać, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy stanowi instytucję wyjątkową, która nie powinna być nadużywana, gdyż jej stosowanie poza sytuacjami wyjątkowymi i szczególnie uzasadnionymi wypaczałoby sens dochodzenia ochrony interesów wykonawców za pomocą środków ochrony prawnej. Należy wskazać również, że składając przedmiotowy wniosek zamawiający musi w sposób szczegółowy i za pomocą precyzyjnych twierdzeń i dowodów wykazać wpływ wykonania danego zamówienia na ochronę słusznego interesu publicznego, którego niewykonanie w sposób ewidentny przekracza potrzebę ochrony praw odwołującego się wykonawcy.

Zdaniem Izby treść wniosku złożonego przez Zamawiającego ma charakter ogólny, niepoparty żadnymi dowodami, dającymi obiektywną podstawę do weryfikacji twierdzeń Zamawiającego. Zamawiający w swoich rozważaniach w zasadniczej części odwołuje się do emisji obligacji komunalnych przez Gminę Nakło i wskazuje, że środki pieniężne uzyskane z emisji miały być wykorzystane jako wkład własny na realizację inwestycji. W tym celu Zamawiający podpisał umowę o dofinansowanie z Gminą Nakło. Zamawiający również wskazuje na możliwość utraty środków budżetowych, jeśli nie będą one wydatkowane w tym roku zgodnie z planem inwestycji. Zamawiający wskazał, że pozostawienie sprawy w normalnym toku spowoduje negatywne konsekwencje dla Gminy, gdyż nie wywiąże się ona z umowy o obligacji emisji z tytułu wydatkowania kwoty otrzymanej z emisji. W ocenie Izby, po pierwsze, Zamawiający nie złożył umowy emisji obligacji, na podstawie której Izba mogłaby zweryfikować oświadczenia Zamawiającego dotyczące zobowiązań Gminy Nakło. Taki dokument ma kluczowe znaczenia i bez zapoznania się z jego treścią nie sposób uznać twierdzeń Zamawiającego za wykazane. Po drugie Izba wskazuje, że możliwość utraty

źródła finansowania nie stanowi przesłanki uzasadniającej uchylenie zakazu zawarcia umowy. Gmina Nakło podejmuje decyzje w sprawie sposobu wydatkowania środków znajdujących się z jej budżecie. Jeśli więc jak twierdzi, Zamawiający, realizacji zamówienia ma tak istotne znaczenia dla interesu mieszkańców Gminy, to oczywistym dla Izby jest, że w przypadku braku możliwości zrealizowania zamówienia w bieżącym roku, środki te zostaną zabezpieczona w następnym roku budżetowy. Po trzecie, wskazać należy, że Zamawiający w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że takie środki nie mogą być zabezpieczone w przyszłorocznym budżecie gminy. Zamawiający w sposób ogólny powołuje się na spadek dochodów budżetowych w związku z epidemią COVID, ale są to wyłącznie subiektywne twierdzenia Zamawiającego, nie poparte żadnymi dowodami. Po czwarte, przywołany przez Zamawiającego argument o braku realizacji w pełni umowy o realizacji inwestycji jaką zawarł z Gminą Nakło również nie uzasadnia uchylenia zakazu zawarcia umowy. Zamawiający działa jako samorządowa jednostka kultury, powołana przez Gminę Nakło. Ich wzajemne relacje i ustalenia w zakresie zadań podlegają wspólnym uzgodnieniom i zmianom i nie mogą powodować niezasadnych odstępstw od zasad wydatkowania środków publicznych określonych w ustawie Pzp.

Zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktyczny, nie zostały wykazane przesłanki, które uzasadniałyby uchylenie zakazu zawarcia umowy. Zamawiający nie wykazał, że nie zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego w bieżącym roku budżetowym spowoduje negatywnych skutków dla interesu publicznego. Izbie nie została przedłożona umowa emisji obligacji, utrata środków na realizację zadania nie stanowi przesłanki uzasadniającej uchylenie zakazu, gdyż to Gmina decyduje o sposobie wykorzystania środków budżetowych. Interes mieszkańców w uzyskaniu dostępu do kina oczywiście jest istotny dla lokalnej społeczności, jednakże interes ten nie stanowi wartości nadrzędnej nad sposobem wydatkowania środków publicznych zgodnie z zasadami określonymi w ustawie Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 183 ust. 4 Pzp.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: