

POSTANOWIENIE
z dnia 12 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **12 lipca 2015 r.** w Warszawie wniosku z 7 lipca 2016 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze

wniesionego przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 i A2 z podziałem na dwa zadania: Zadanie 1: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy”. Zadanie nr 2: Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A2 na odcinku od granicy województw wielkopolskiego/łódzkiego do węzła Łódź Północ (bez węzła), od km 303+145 do km 362+700 wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy”. (nr postępowania O/Ł.D3.2413.1.2016.vk)*

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Pismem z 7 lipca 2016 r. ww. Zamawiający złożył w trybie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 1. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało

Sygn. akt KIO/W 10/16

opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 15 stycznia 2016 r. nr 2016/S_010-013553. Zakaz wynika z wniesionych 1 lipca 2016 r. przez AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1170/16) oraz przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i „N.R” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi odwołań od rozstrzygnięcia postępowania w zadaniu nr 1 – wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „MARKBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Poddębicach, B. J. „SERVIAM” z Poddębic.

Zamawiający wskazał na następujące okoliczności.

Przewidywanym terminem oddania do eksploatacji odcinka autostrady A1 Stryków-Tuszyn (objętego w tym postępowaniu zadaniem nr 1) był 6 sierpnia 2016 r., jednak dzięki sprzyjającym warunkom pogodowym w okresie zimowym (styczeń-marzec 2016 r.) oraz mobilizacji wykonawcy w związku z nadchodzącymi wakacjami, szczytem NATO oraz Światowymi Dniami Młodzieży udało się to osiągnąć 1 lipca.

Do tego czasu Zamawiający nie rozstrzygnął przedmiotowego postępowania z przyczyny nie leżącej po jego stronie. Mimo przyjętego w postępowaniu sposobu przesyłania informacji określonego w art. 27 ust. 2 pzp jeden z wykonawców składających ofertę nie wskazał numeru faksu ani adresu poczty elektronicznej do kontaktu. W związku z tym cała korespondencja była prowadzona pisemnie, listami poleconymi za potwierdzeniem odbioru, co wydłużyło postępowanie o kilka tygodni. W efekcie wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano 16 czerwca 2016 r., a wykonawcom przysługiwał wydłużony do 15 dni termin na wniesienie środków ochrony prawnej, z których skorzystali.

W zaistniałych okolicznościach Zamawiający przeprowadził postępowanie na przejściowe, 35-dniowe utrzymanie odcinka A1 objętego przedmiotowym postępowaniem. Ze względu na ograniczenia ustawowe (próg 30000 euro) zakres świadczenia został zawężony do podstawowych, niezbędnych czynności.

Jednakże już w pierwszych dniach od otwarcia wspomnianego odcinka autostrady A1 stwierdzono bardzo wysokie natężenie ruchu w obu kierunkach, co wynika to z faktu, że droga stanowi jedno z najważniejszych w kraju połączeń komunikacyjnych północ - południe, prowadzi na wybrzeże, czyli w kierunku obleganym w okresie wakacyjnym oraz faktu wyprowadzenia z Łodzi całego ruchu transportowego odbywającego się pojazdami TIR. Miarą ilości przemieszczających się mas pojazdów może być również to, że ciągu tych pierwszych dni miały miejsce już dwa wypadki. Dodatkowo 24 lipca 2016 r. zaczynają się Światowe Dni Młodzieży, tak więc natężenie ruchu na trasie jeszcze wzrośnie.

Zamawiający oświadczył, że podstawowe czynności utrzymania autostrady realizowane w trybie doraźnym są niewystarczające aby należycie zabezpieczyć trasę, obiekty inżynierskie, a zwłaszcza MOP-y.

Według Zamawiającego w powyższych okolicznościach niezawarcie umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia 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 niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

40-kilometrowy odcinek autostrady A1 od Strykowa do Tuszyna jest fragmentem strategicznej drogi łączącej południe Polski (i Europy) z polskim wybrzeżem przez Katowice, Łódź i Gdańsk, a ponadto stanowi wschodnią obwodnicę Łodzi, przejmując także część codziennego ruchu lokalnego. Brak zapewnienia kompleksowego utrzymania drogi według przyjętego w przetargu standardu może mieć wpływ na bezpieczeństwo podróżnych – dziesiątkach tysięcy osób każdego dnia, zatem niewątpliwie jest to kwestia bezpieczeństwa publicznego.

Zarazem zdaniem Zamawiającego prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w interesie odwołujących wydaje się znikome, gdyż gruntownie zbadał wszystkie oferty, dokonał niezbędnych uzupełnień i uzyskał wszystkie potrzebne wyjaśnienia (także w zakresie rażąco niskiej ceny), co pozwoliło na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o treść wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, Izba zważyła, co następuje – wniosek Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Z art. 183 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp 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. Uchylenie tego zakazu uzasadnia wyłącznie 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.

Na etapie oceny zasadności złożonego wniosku Izba nie bada prawidłowości, skuteczności ani tym bardziej zasadności wniesionego odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, którego zagrożenie miałyby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wnoszącego odwołanie). Zamawiający we wniosku winien

należycie sprecyzować na czym polega ten interes publiczny, uprawdopodobnić jego zagrożenie, a także uzasadnić dlaczego ma on tak dużą wagę, że należy przedłożyć go nad ochronę interesu odwołującego i innych wchodzących w grę interesów. Zamawiający musi także wykazać, że w konkretnych okolicznościach istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby, które zakończy postępowanie odwoławcze.

Z wniosku wynika, że w tej sprawie interesem publicznym jest zapewnienie bezpieczeństwa osób korzystających z autostrady, co nie budzi zastrzeżeń. W ocenie Izby Zamawiający nie uprawdopodobnił jednak w wystarczającym stopniu, że niezawarcie natychmiast umowy spowoduje zagrożenie bezpieczeństwa użytkowników drogi. Zamawiający sam wskazuje na potencjalność zagrożenia wynikającego z niezapewnienie utrzymania drogi w zakładanym standardzie (przywoływane wypadki zdarzyły się w pierwszych dniach użytkowania nowej drogi). Zamawiający nie przedstawił również żadnych konkretnych informacji, które pozwoliłyby na ocenę, że dalsze utrzymanie drogi w trybie doraźnym jest niewystarczające. Nie wiadomo konkretnie na czym polega pożądanym przez Zamawiającego standard ani do jakich czynności (skądinąd określonych jako niezbędne) ogranicza się aktualnie prowadzone utrzymanie drogi.

Natomiast wskazane we wniosku okoliczności dotyczące przebiegu prowadzonego postępowania nie uzasadniają uchylenia zakazu zawarcia umowy. W szczególności niejasne jest dlaczego brak możliwości porozumiewania się drogą elektroniczną lub faksem z jednym wykonawcą spowodowało wydłużenie całego postępowania o kilka tygodni. Z kolei normą jest, że wykonawcy składają odwołania i należy wziąć to pod uwagę przy ustalaniu przewidywanego terminu udzielenia zamówienia. Nadzwyczajny środek, jakim jest wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, nie może służyć jako sposób na rozwiązanie problemu spowodowanego brakiem przewidzenia przez Zamawiającego odpowiedniego czasu na przeprowadzenie postępowania.

Powodem uchylenia zakazu zawarcia umowy na usługi utrzymania drogi nie może być również fakt, że udało się ją oddać do eksploatacji przed planowanym terminem, skoro nie zostało to skorelowane z tym postępowaniem. Również natężenie ruchu na autostradzie nie powinno być zaskoczeniem dla GDDKiA, skoro wynika z tak oczywistych i do przewidzenia okoliczności jak okres wakacyjny, szczyt NATO, Światowe Dni Młodzieży czy pełnienie dodatkowo funkcji obwodnicy Łodzi.

Udzielając zamówienia przejściowego Zamawiający powinien brać pod uwagę rzeczywiste potrzeby odnośnie standardu utrzymania drogi, a nie kierować się wartością zamówienia pozwalającą na udzielenie zamówienia z pominięciem przepisów ustawy pzp.

W szczególności ze złożonego wniosku nie wynika, czy Zamawiający rozważył możliwość udzielenia zamówienia na okres konieczny do zakończenia prowadzonego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Z drugiej strony należy zauważyć, że uchylanie zakazu zawarcia umowy nie może służyć obejściu braku spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w tym trybie.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, które przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku. W szczególności należy zauważyć, że o ile dla Zamawiającego istotne jest niezwłoczne zawarcie umowy, o tyle interes poszukującego ochrony wykonawcy wnoszącego odwołanie polega na tym, aby to jemu zostało udzielone zamówienie. Natomiast zawarcie umowy z innym wykonawcą taką możliwość niweczy.

Bez znaczenia dla sprawy jest przewidywanie przez Zamawiającego, że prawdopodobieństwo uwzględnienia odwołań jest niewielkie. Przekonanie Zamawiającego co do niezasadności zarzutów odwołania nie stanowi przesłanki uwzględnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....

.....