

Sygn. akt: KIO/W 42/22

POSTANOWIENIE
z dnia 5 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 grudnia 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 5 grudnia 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego - **Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego im. Chor. Jana Szymańskiego w Marianowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego im. Chor. Jana Szymańskiego w Marianowie II etap”

postanawia:

**uchyla zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku
lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze**

Uzasadnienie

Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego im. Chor. Jana Szymańskiego w Marianowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego im. Chor. Jana Szymańskiego w Marianowie II etap”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 października 2022 r. pod pozycją nr 2022/S 192-542470.

W dniu 5 grudnia 2022 r. Zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy wskazując, iż czyni to w związku z wniesieniem w dniu 4 grudnia 2022 r. odwołania, między innymi od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołanie złożył podmiot, nie będący uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. PERANEK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”). Odwołanie w powyższej sprawie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. i zarejestrowane zostało pod numerem kancelaryjnym DzK-KIO-25395/22.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podniósł, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest bardzo szeroki zakres robót termomodernizacyjnych w trzech budynkach użyteczności publicznej Zespołu Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w Marianowie, gmina Piątnica, województwo podlaskie. Zespół Szkół jest jednostką edukacyjną, dla której organem założycielskim jest Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi. Zespół Szkół kształci wysokiej klasy specjalistów dla potrzeb rolnictwa, a prowadzone prace termomodernizacyjne mają na celu poprawę warunków nauczania i warunków bytowych uczniów. Przedsięwzięcie służyć ma szerokiemu ogółowi w zakresie oświaty.

Realizacja przedmiotu zamówienia współfinansowana jest ze środków pochodzących z budżetu UE, na podstawie umowy o dofinansowanie nr POIS.OI .03.01-00-0011/17 z dnia 28 grudnia 2018 r. projektu pn.: „Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych w Zespole Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w Marianowie” (dalej „Projekt”), w ramach poddziałania 1.3.1 oś priorytetowa Zmniejszenie emisyjności gospodarki Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 - 2022. Wysokość dofinansowania wynosi 100% kosztów kwalifikowalnych Projektu.

W ramach realizacji Projektu, Zamawiający udzielił zamówienia na termomodernizację oraz przebudowę i nadbudowę obiektów szkolnych i zawarł w związku z tym, w dniu

31 sierpnia 2020 r., umowę z Odwołującym. Termin realizacji zamówienia wynikający z umowy z Odwołującym to 31 grudnia 2021 r. Roboty powinny być już wykonane. Odwołujący na realizację zamówienia miał łącznie 16 miesięcy, jednakże nie realizował on zamówienia w sposób należyty. Ostatecznie Odwołujący odstąpił od umowy i realizacji przedmiotu zamówienia, przy czym wykonał do tego czasu jedynie około 15% zakresu robót do wykonania.

Odwołujący przedłużał w tym czasie proces inwentaryzacji wykonanych robót i uniemożliwiał Zamawiającemu podjęcie czynności, w celu uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia na potrzeby kolejnego postępowania. Do dnia dzisiejszego Odwołujący nie usunął z terenu placu budowy wszystkich swoich elementów zaplecza placu budowy.

Zamawiający, gdy już udało się dokonać niezbędnej inwentaryzacji robót, wszczął ponowne postępowanie, którego przedmiotem jest dokończenie termomodernizacji, przebudowy i nadbudowy obiektów szkolnych (część I zamówienia). Termin realizacji zamówienia (części nr I zamówienia) został określony na 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

W związku z problemami w zakresie realizacji robót przez Odwołującego, Zamawiający wystąpił z wnioskiem o przedłużenie okresu realizacji Projektu. W wyniku uwzględnienia wniosku Zamawiającego, w dniu 21 czerwca 2022 r., został zawarty aneks do umowy o dofinansowanie. Zgodnie z umową o dofinansowanie (po zmianach) okres kwalifikowalności wydatków w ramach Projektu kończy się dnia 30 września 2023 r. Oznacza to, że do dnia 30 września 2023 r. Zamawiający musi rozliczyć wszystkie należności dotyczące realizacji zamówienia, w szczególności zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcom. Wszelkie kwoty zapłacone po tym terminie nie będą kwalifikowalne, co oznacza, że nie zostaną objęte dofinansowaniem.

Zamawiający przypomniał, że okres realizacji zamówienia to 11 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Nawet przy założeniu, że umowa zostałaby zawarta w dniu dzisiejszym, dzień zakończenia realizacji robót będzie przypadał po upływie okresu kwalifikowalności wydatków w ramach Projektu. Gdyby umowa została zawarta w dniu dzisiejszym, termin zakończenia realizacji zamówienia przypadałby na dzień 4 listopada 2023 r., czyli prawie miesiąc po upływie okresu kwalifikowalności wydatków w ramach Projektu. Z uwagi na powyższe, Zamawiający będzie wnioskował o kolejne przedłużenie okresu realizacji Projektu i okresu kwalifikowalności wydatków.

Zdaniem Zamawiającego konieczne jest więc niezwłoczne zawarcie umowy o udzielenie zamówienia w zakresie części nr I. Brak niezwłocznego podpisania umowy, a co za tym idzie przedłużenie w czasie planowanego terminu zakończenia realizacji zamówienia, uniemożliwi realizację zamówienia w terminie umożliwiającym rozliczenie Projektu. Zamawiający może więc zostać pozbawiony dofinansowania ze środków pochodzących z budżetu UE.

Zamawiający podkreślił, że nie będzie w stanie pokryć kosztów realizacji zamówienia z własnych środków, w przypadku braku możliwości dofinansowania realizacji zamówienia, jego realizacja stanie się zatem niemożliwa. Dofinansowanie wynosi 100% kosztów kwalifikowalnych projektów. Zamawiający nie ma zapewnionych jakichkolwiek innych środków na realizację przedmiotu zamówienia.

Ponadto, konieczność szybkiego zakończenia wykonania robót budowlanych jest niezbędna ze względu na utrudnienia prowadzenia zajęć dydaktycznych, a nawet brak możliwości ich prowadzenia.

Korzyści płynące z umożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia przed rozstrzygnięciem odwołań złożonych przez Odwołującego, przewyższają ryzyko związane z ewentualnym uwzględnieniem odwołań. Utrzymanie zakazu zawarcia umowy wpłynie negatywnie na interes publiczny w zakresie braku usprawnienia procesu kształcenia w Zespole Szkół Zamawiającego, ale również nie zostanie zrealizowany cel Projektu w postaci zmniejszenia emisyjności przedmiotowego budynku.

Zamawiający wskazał ponadto, że wniesienie przedmiotowych odwołań miało jedynie na celu przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia i uniemożliwienia zawarcia umowy.

W szczególności Zamawiający podnosił, że:

1. Odwołanie złożył podmiot, który nie bierze udziału w postępowaniu, w tym nie złożył oferty w tym postępowaniu. Odwołujący nie ma więc interesu we wniesieniu odwołania, gdyż nie może ponieść jakiegokolwiek szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Twierdzenia Odwołującego w zakresie interesu we wniesieniu odwołania dotyczą kwestii wzajemnych rozliczeń Odwołującego z Zamawiającym, z tytułu realizacji wcześniejszej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Te kwestie są natomiast bez znaczenia dla prowadzonego postępowania.
2. Odwołanie zostało złożone po upływie terminu. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, poinformował wykonawców o wyborze oraz opublikował na stronie prowadzonego postępowania informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 10 listopada 2022 r., zaś odwołanie złożono dopiero 25 listopada 2022 r. Odwołanie złożono więc po upływie 10 dniowego terminu. Nie ma przy tym znaczenia, że dokumentacja postępowania została udostępniona Odwołującemu w dniu 21 listopada 2022 r. (w dniu terminu na wniesienie odwołania), skoro Odwołujący wystąpił o jej udostępnienie dopiero w dniu 17 listopada 2022 r.
3. Zarzuty odwołania dotyczą również zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców w części nr II zamówienia, podczas gdy Zamawiający w zakresie tej części nie dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołanie w tym zakresie jest

więc przedwczesne. Zamawiający nie poinformował (w jakikolwiek sposób), że dokonał jakiegokolwiek oceny ofert i nie zamierza odrzucić ofert złożonych przez wykonawców.

4. Zarzuty dotyczą kwestionowania zasadności wszczęcia postępowania, którego przedmiotem jest dokończenie realizacji robót budowlanych, gdy Zamawiający nie rozliczył się z wykonania robót z dotychczasowym wykonawcą. Takie argumenty powinny być zaś podnoszone przez Odwołującego w ewentualnym odwołaniu od czynności wszczęcia postępowania (a nie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej). Odwołania są więc spóźnione.

Zdaniem Zamawiającego wniesienie kolejnego odwołania przez Odwołującego ma na celu wyłącznie opóźnienie zawarcia umowy, a w konsekwencji wywołanie negatywnych skutków dla interesu publicznego i Zamawiającego. Złożenie odwołania jest jednym z elementów działań Odwołującego w związku z trwającym sporem pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, dotyczącym zakończenia realizacji wcześniej zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego (umowy nr 1/08/2020 z dnia 31 sierpnia 2020 r.). Kwestie związane z inwentaryzacją robót wykonanych przez Odwołującego, przekazaniem placu budowy i rozliczeń Stron związanych z realizacją umowy (od której Odwołujący odstąpił), będą ewentualnie przedmiotem rozpoznania przez sąd powszechny. Krajowa Izba Odwoławcza nie ma kompetencji do orzekania w sprawach realizacji umów o udzielenie zamówienia publicznego, a spór pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym nie może wpływać na tok kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia.

Występuje niewielkie prawdopodobieństwo, że utrzymanie zakazu zawarcia umowy przyczyni się do ochrony interesów, które mogą doznać uszczerbku w wyniku czynności Zamawiającego. Utrzymanie zakazu zawarcia umowy doprowadzi bowiem do sytuacji, w której niemożliwa będzie faktyczna realizacja zamówienia. Korzyści związane z ochroną powyższych interesów Odwołującego, w żaden sposób nie przewyższają negatywnych skutków dla interesu publicznego, jakie wynikają z braku zawarcia umowy z wybranym obecnie w postępowaniu wykonawcą.

Reasumując Zamawiający wniósł o uchylenie przez Izbę zakazu zawarcia umowy w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 578 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ustawy Pzp.

Z kolei w ust. 2 tego przepisu wskazano okoliczności, kiedy Izba może uchylić taki zakaz. Ma to miejsce w przypadku, gdy:

1. brak zawarcia umowy mógłby 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;
2. zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Podstawą do zastosowania pierwszej przesłanki jest szkoda w interesie publicznym, w związku ze zwłoką w zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Z kolei drugą, niezależną przesłanką jest wniesienie odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, tj.: w sposób sprzeczny z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem lub z zasadami współżycia społecznego (art. 5 Kodeksu cywilnego), lub przez wykonawcę działającego w złej wierze, który np. przedłuża postępowanie lub uniemożliwia jego rozstrzygnięcie.

Ponadto, z powołanych wyżej 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.

Wykazanie zasadności uchylenia zakazu zawarcia umowy wymaga przedstawienia nie tylko określonych okoliczności faktycznych związanych z zamówieniem, ale również związku przyczynowo-skutkowego między tymi okolicznościami a negatywnymi skutkami zakazu zawarcia umowy dla interesu publicznego. Innymi słowy, niezbędne jest wykazanie przez zamawiającego konkretnych okoliczności faktycznych wynikających z niemożności zawarcia umowy i ich konkretnego negatywnego wpływu na interes publiczny. Dodatkowo zamawiający musi także wykazać, że negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich innych interesów, przede wszystkim interesów wykonawców, którzy w wyniku ewentualnego zawarcia przez zamawiającego umowy przed rozstrzygnięciem Izby, tracą możliwość uzyskania zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający wykazał, że ziszczy się przesłanki, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie Izba uznała wniosek Zamawiającego za zasadny, ponieważ uprawdopodobnił on, że wniesienie przez Odwołującego w niniejszej sprawie odwołania, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności tej sprawy, zmierza wyłącznie do uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji, gdy Odwołujący, nie mając statusu wykonawcy w tym postępowaniu (nie ubiega się o udzielenie tego zamówienia i nie złożył oferty), a jednocześnie kwestionuje wybór oferty, dokonany przez Zamawiającego,

podyktowany jest jedynie tym, aby uniemożliwić Zamawiającemu kontynuowania robót objętych przedmiotem zamówienia.

Izba wzięła również pod uwagę trwający między stronami spór, który dotyczy zakończenia realizacji wcześniej zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego (umowa nr 1/08/2020, zawarta w dniu 31 sierpnia 2020 r.), dotyczącej realizacji tego projektu. Utrudnianie przez Odwołującego zakończenia inwentaryzacji robót, wykonanych przez niego w związku z odstąpieniem od umowy, problemy z przekazaniem placu budowy i trudności z uzgodnieniem kwestii wzajemnych rozliczeń Stron, niewątpliwie mają wpływ na działania Odwołującego, który swoimi działaniami (wniesienie odwołań), w sytuacji w której nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może mieć na celu uniemożliwienie Zamawiającemu zawarcia umowy z nowo wybranym w przetargu podmiotem.

Rację ma Zamawiający, że wszystkie wymienione kwestie sporne pomiędzy stronami mogą być przedmiotem rozpoznania przez sąd powszechny, a nie Krajową Izbę Odwoławczą.

Przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja, oraz załączone dokumenty, w ocenie Izby, potwierdzają intencje Odwołującego zmierzające do celu, o którym mowa w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który uzasadnia uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z wniesieniem odwołania w tym postępowaniu. Jak zauważył Sąd Okręgowy w Szczecinie w sprawie o sygn. akt VIII Gz 133/15, w odniesieniu do treści art. 243 Kodeksu Postępowania Cywilnego istotą uprawdopodobnienia jest uzasadnienie zgłoszonych twierdzeń, dające przekonanie o ich prawdopodobieństwie, będące wynikiem postępowania zmierzającego do poznania rzeczywistości, ale bez zachowania szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym. Sąd w wyroku wyjaśnił, że różnica między uprawdopodobnieniem i udowodnieniem sprawdza się do tego, że przy uprawdopodobnieniu zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne. Uprawdopodobnienie zaś pojmowane jako środek zastępczy dowodu w ścisłym znaczeniu nie daje pewności, a wyłącznie prawdopodobieństwo twierdzenia o jakimś fakcie. Jest to środek zwolniony od formalizmu zwykłego postępowania dowodowego, jednakże od swobodnej oceny sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) zależy uznanie, czy dokonane na podstawie uprawdopodobnienia ustalenia są na tyle wiarygodne, by na tej podstawie można było uznać za uprawdopodobnione fakty, na które strona się powołuje. Nie wystarczy zatem samo wskazanie konkretnych faktów, ale trzeba je uwiarygodnić, potwierdzić.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego w niniejszej sprawie, Izba zważyła, że Zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wniesione przez Odwołującego w dniu 4 grudnia 2022 r. zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. W ocenie Izby, Zamawiający przedstawił wiarygodne potwierdzenie okoliczności na które powołał się we wniosku, a tym samym uprawdopodobnił, że sytuacja, o której mowa w przepisie art.

578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp miała miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy. Izba zważyła także, że odwołanie wniesione przez Odwołującego złożone zostało przez podmiot, który nie ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Istotne znacznie dla sprawy ma również okoliczność, iż jest to już 3 odwołanie o tożsamej treści – poprzednie, wniesione kolejno w dniach 21 listopada 2022 r. i 25 listopada 2022 r., zostały zwrócone z przyczyny niezuzpełnienia braków formalnych jakimi były obarczone. Izba podzieliła argument Zamawiającego, że postępowanie Odwołującego jednoznacznie wskazuje, że wniesienie kolejnego odwołania w dniu 4 grudnia 2022 r. ma na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 578 ust 4 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: