

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 19 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **19 grudnia 2022 r.** w Warszawie wniosku z **13 grudnia 2022 r.** o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze

wniesionego przez zamawiającego: **Powiat Opolski**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Przebudowa drogi powiatowej nr 2604L Wilków –Majdany – Zakrzów - Janiszów na odcinkach od km 13+791 do km 14+378, od km 14+777 do km 15+002 oraz od km 15+390 do km 17+870 o łącznej długości 3,292 km* (nr postępowania DT.ZP.2720.01.2022)

**postanawia:**

**Umarza postępowanie.**

**Uzasadnienie**

Art. 577 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zgodnie natomiast z art. 578 ust. 2 pzp Krajowa Izba Odwoławcza może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli: 1) niezawarcie umowy 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; 2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W związku z odwołaniem wniesionym w powyżej wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia Powiat Opolski {dalej również: „Zamawiający”} wnioskował o uchylenie zakazu zawarcia umowy z powołaniem się na obie powyższe przesłanki.

**Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:**

W kontekście przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 pzp, Zamawiający podał w szczególności poniższe uzasadnienie faktyczne.

*(...) Zważywszy na fakt, że Postępowanie dotyczy przebudowy drogi powiatowej niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego w postaci braku dofinansowania, a w konsekwencji braku możliwości zrealizowania takiej inwestycji ze środków własnych Zamawiającego. Warto zaznaczyć, że Zamawiający nie posiada takich środków finansowych – w realiach niniejszej sprawy zobowiązany jest pokryć 50% wysokości środków kwalifikowalnych, a wartość całego zamówienia wynosi 3.659.533.67 zł. Pokrycie przez Zamawiającego całej kwoty inwestycji w wysokości ponad trzech milionów złotych jest niemożliwe. (...) W niniejszej sprawie brak przebudowy drogi powiatowej pozbawi ogółu zwiększonych możliwości komunikacyjnych, w tym dojazdu do pracy, a wykazywany przez Zamawiającego interes społeczny znacząco wykracza poza sytuację ekonomiczną Zamawiającego. Głównymi negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na niezawarcie umowy są natomiast brak możliwości terminowej oraz właściwej realizacji zadań budżetowych i statutowych przez Zamawiającego, a także utrata przyznanego dofinansowania dla realizacji niniejszego Zadania. W ocenie Zamawiającego potwierdzeniem okoliczności, że niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów w sposób niewątpliwy potwierdza okoliczność, że brak zawarcia umowy na realizację niniejszego Zadania do dnia 15 grudnia 2022 r. stanowi przesłankę wygaśnięcia umowy o dofinansowaniu. Okoliczność ta wprost wynika z regulacji § 12 ust. 2 umowy w sprawie udzielonego dofinansowania. Wygaśnięcie to nastąpi z mocy prawa, a co w ocenie Zamawiającego jest kluczowe, skutek ten jest nieuchronny bowiem w treści zawartej umowy brak jest okoliczności wskazujących na możliwość modyfikacji tego terminu, w szczególności poprzez jego wydłużenie. Tym samym brak zawarcia umowy na realizację Zadania do dnia 15 grudnia 2022 r. w sposób automatyczny doprowadzi do wygaśnięcia umowy o dofinansowanie, a konsekwencji związać się będzie z utratą przyznaných środków na wykonanie Zadania. (...)*

Reasumując, złożony wniosek miał zapobiec utracie przez Zamawiającego dofinansowania w kwocie 1.829.776,83 zł – wynikającego z Umowy nr 2021 w sprawie udzielenia w 2022 r. dofinansowania ze środków Rządowego Funduszu Rozwoju Dróg (nabór 2022 – zadanie jednoroczne), zawartej 2 grudnia 2022 r. pomiędzy Wojewodą Lubelskim a Powiatem Opolskim [załączona do wniosku] – które stanowi 50% kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia.

Zgodnie z art. 28 ust. 8 ustawy z dnia 23 października 2018 r. o Rządowym Funduszu Rozwoju Dróg (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 505 ze zm.) {dalej: „ustawa o RFRD”} umowa o udzielenie dofinansowania zadania, którego przewidywany czas realizacji jest nie dłuższy niż 12 miesięcy, wygasa z mocy prawa, jeżeli wnioskodawca w terminie do dnia 15 grudnia roku, na który w planie finansowym Funduszu przeznaczono środki na dofinansowanie tego zadania, nie zawrze umowy na realizację zadania objętego wnioskiem o dofinansowanie. Powyższa regulacja została także odzwierciedlona w § 12 ust. 2 Umowy nr 2021, która została załączona do wniosku.

W konsekwencji – co potwierdził dodatkowo w załączonym do wniosku piśmie z 13 grudnia 2022 r. Wojewoda Opolski – jeżeli Powiat Opolski do 15 grudnia 2022 r. nie podpisze umowy na roboty budowlane w zakresie przebudowy drogi powiatowej nr 2604L, Umowa nr 2021 wygaśnie z mocy prawa, co będzie skutkowało utratą dofinansowania.

Argumentacja w kontekście przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 2 pzp, sprowadza się do polemiki z zarzutami odwołania oraz do podnoszenia okoliczności, które nie zostały wskazane w ramach uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Przede wszystkim, skoro Zamawiający twierdzi, że z własnych środków nie jest w stanie sfinansować tego zamówienia, utrata z dniem 15 grudnia 2022 r. dofinansowania z RFRD oznacza, że nie będzie mógł zawrzeć umowy z żadnym z wykonawców, zwłaszcza że cena każdej z ośmiu złożonych ofert przekracza kwotę, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert.

**W tych okolicznościach, Izba zważyła, co następuje:**

Z art. 578 ust. 5 pkt 3 ustawy pzp wynika, że Izba umarza, w formie postanowienia, postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 1, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej [niż ogłoszenie przez Izbę orzeczenia przed rozpoznaniem wniosku albo cofnięcia wniosku] przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Ponieważ na chwilę orzekania z mocy prawa wygasło dofinansowanie, którego utracie miał zapobiec złożony wniosek, a jednocześnie dofinansowanie to było konieczne, aby zawrzeć umowę z wybranym wykonawcą, merytoryczne rozpoznawanie wniosku w całości stało się zbędne.

## **Sygn. akt KIO/W 44/22**

Z uwagi na powyższe, Izba – działając na podstawie art. 578 ust. 4 zd. 1 nowego pzp – postanowiła, jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (t.j. Dz. U. z 2022 r.oz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.