

POSTANOWIENIE
z dnia 24 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie: Ewa Sikorska
Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 lipca 2017 r. w Warszawie wniosku z dnia 19 lipca 2017 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z Katowic w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin, odcinek Otwock – Lublin w km 26,050-175,850*”

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Uzasadnienie

I.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin, odcinek Otwock – Lublin w km 26,050-175,850*”, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego (ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 241-436552) zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z Warszawy (dalej „wnioskodawca” albo „zamawiający”) – pismem z dnia 19 lipca 2017 r. złożył „*Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy*” (dalej „*Wniosek*”).

W części wstępnej (str. 1-3) zamawiający, podając okoliczności faktyczne dotyczące zakończonych już postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 542/17, KIO 1059/17, KIO 1394/17 oraz odwołania wniesionego przez Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z Katowic (dalej „Bombardier”) w dniu 18 lipca 2017 r., stanął na stanowisku, iż:

1. *„działanie procesowe Bombardier stanowi „nadużycia prawa” rozumiane jako użycie danego narzędzia prawnego sprzecznie z celem, dla którego zostało ono utworzone, sprzecznie z jego przeznaczeniem”,*
2. *„w przypadku odwołania z dnia 18 lipca 2017 r. (...) zachodzą przesłanki do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, art. 189 ust. 2 pkt 2 PZP oraz art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp”,*
3. *„Odwołanie Bombardier z dnia 6 lipca oraz 18 lipca 2017 r. opiera się (...) o trudne do zaakceptowania założenie, że Bombardier posiada interes prawny w złożeniu odwołania, pomimo że Bombardier został już wykluczony z postępowania i nie jest jego uczestnikiem”.*

W części zasadniczej uzasadnienia *Wniosku*, w odniesieniu do negatywnych skutków dla interesu publicznego zamawiający, podkreślając, iż *„interes publiczny jest pojęciem niedookreślonym”* zaprezentował, co następuje: *„Zamawiający zauważa, że linia kolejowa Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk -granica państwa (a zatem będąca przedmiotem Postępowania) objęta jest Wykazem Linii Kolejowych, które ze względów gospodarczych, społecznych, obronnych lub ekologicznych mają znaczenie państwowe. Jest to zatem odcinek o szczególnym znaczeniu dla państwa i przedłużanie czasu na jego otwarcie może stanowić poważne zagrożenie dla interesów publicznych”* (str. 4 *Wniosku*, wiersz 11-16).

Zamawiający argumentował, że do czasu rozpoczęcia prac przez wykonawcę zadania D (zadania, którego dotyczy odwołanie z dnia 18 lipca 2017 r.), pozostali wykonawcy modernizujący linii kolejowej nr 7 nie będą mogli rozpocząć swoich prac, w związku z czym, jeżeli wykonawcy zadań A, B oraz C nie będą mogli terminowo wykonywać swoich prac, powstanie ryzyko narażenia zamawiającego na straty finansowe w związku z naliczeniem przez wykonawców zadań A, B oraz C kar umownych, ale przede wszystkim utraty dofinansowania ze środków europejskich oraz konieczności ich zwrotu.

Nadto zamawiający oświadczył, iż wielokrotnie publicznie deklarował, że modernizacja linii kolejowej nr 7 odbędzie się bez opóźnień, a także, iż brak podpisania umowy na zadanie D nie wpłynie na prace torowe, w konsekwencji czego ewentualne odstąpienia od publicznych zapewnień mogą negatywnie wpłynąć na wizerunek zamawiającego, który nie odpowiada za taktykę procesową Bombardier.

W uzasadnieniu *Wniosku*, w odniesieniu do konieczności ochrony interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku podjętych przez wnioskodawcę czynności, wnioskodawca nie zaprezentował odrębnej argumentacji, stwierdzając jedynie w podsumowaniu: *„Przesłanką uchylania zakazu zawarcia umowy jest wykazanie nadrzędności interesu publicznego nad interesem wykonawcy, który może zostać naruszony wskutek zawarcia umowy. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Bombardier pomimo tego, iż jest podmiotem prawomocnie wykluczonym z postępowania upatruje interes we wniesieniu odwołania w unieważnieniu postępowania (...). W świetle powyższego nie powinna budzić wątpliwości nadrzędność interesu publicznego w postaci terminowego zakończenia inwestycji i możliwości korzystania z wybudowanej infrastruktury przez użytkowników kolei a wyżej opisanym „interesem” wykonawcy w kontekście wszystkich opisanych powyżej okoliczności.”*

Do wniosku nie załączono żadnych dowodów.

II.

Odnosząc się do części wstępnej wniosku zamawiającego przypomnieć należy, iż istnienie podstaw do odrzucenia odwołania (w tym tych, których w odniesieniu do odwołania Bombardier z dnia 18 lipca 2017 r. dopatrył się zamawiający) Izba bada z urzędu w każdym postępowaniu odwoławczym, będąc zobligowaną do odrzucenia odwołania w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Badaniu Izby w postępowaniu odwoławczym podlega także istnienie po stronie wnoszącego odwołanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Kwestie te (z art. 189 ust. 2 oraz art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) nie mogą jednak być uwzględniane przez Izbę przy wydaniu postanowienia w sprawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, ponieważ stałoby to w sprzeczności z przepisem art. 183 ust. 2 ustawy Pzp (zdanie drugie), zgodnie z którym *„Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższającego 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”*.

Innymi słowy badaniu Izby w sprawie o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze podlega „jedynie” to, czy ma się do czynienia z sytuacją, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy może wywołać skutek negatywny dla interesu

publicznego, przewyższający korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności.

Izba wskazuje, iż zaprezentowana we *Wniosku* argumentacja w przeważającej mierze nie dotyczy interesu publicznego, ale interesu węższego, tj. zamawiającego, czego – w świetle brzmienia art. 183 ust. 3 ustawy Pzp – utożsamiać nie wolno.

Izba nie mogła zatem uwzględnić ryzyka narażenia zamawiającego na straty finansowe (naliczenie kar umownych przez wykonawców zadań A, B i C oraz utrata/zwrot dofinansowania ze środków europejskich), jak też negatywnego wpływu na wizerunek zamawiającego („*odstępstwa od publicznych zapewnień*”).

Niezależnie od powyższego nie sposób nie dostrzec, że wnioskodawca nie przedstawił żadnych informacji co do umownych podstaw naliczenia kar umownych przez wykonawców zadań A, B i C oraz ich wielkości, a także co do zagrożenia utraty/zwrotu środków europejskich. Swoje twierdzenie o ryzyku strat finansowych pozostawił gołosłownym.

Nie sposób także pominąć, że wnioskodawca, zauważając że *„linia kolejowa Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk - granica państwa (a zatem będąca przedmiotem Postępowania) objęta jest Wykazem Linii Kolejowych, które ze względów gospodarczych, społecznych, obronnych lub ekologicznych mają znaczenie państwowe. Jest to zatem odcinek o szczególnym znaczeniu dla państwa i przedłużanie czasu na jego otwarcie może stanowić poważne zagrożenie dla interesów publicznych”* nie przedstawił żadnej argumentacji przemawiającej za uznaniem, że podpisanie umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie z odwołania Bombardier z dnia 18 lipca 2017 r., tj. kilkanaście dni później (piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania) w ogóle wpłynie na „przedłużenie czasu” na otwarcie odcinka Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk. Wnioskodawca poprzestał jedynie na twierdzeniu (ponownie gołosłownym), że *„od przeszło miesiąca wykonawcy kontraktów „torowych” nie mogą rozpocząć swoich prac z uwagi na brak rozpoczęcia prac przez wykonawcę zadania D”*.

Fakt, że umowy na zadania A, B i C zostały podpisane 29 maja i 5 czerwca 2017 r. nie oznacza automatycznie, że wykonawcy ci są już przygotowani do prowadzenia tych prac oraz, że wymagają tego harmonogramy prac poszczególnych zadań.

Z uwagi na powyższe Izba, na podstawie art. 183 ust. 2-4 ustawy Pzp, postanowiła jak w sentencji, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, co skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy Pzp na niniejsze postanowienie skarga nie przysługuje.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....