

Sygn. akt KIO/W 26/23

POSTANOWIENIE z dnia 7 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 listopada 2023 roku w Warszawie wniosku z dnia 2 listopada 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rewitalizacja Centrum Miasta Łodzi w obiekcie Policji przy ul. Tuwima 12a oraz przy ul. Sienkiewicz 28/30 realizowanego w ramach projektu „Rewitalizacja obszarowa Centr..” – dla zadania nr 1

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie:

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi – prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowanie pn.: „Rewitalizacja Centrum Miasta Łodzi w obiekcie Policji przy ul. Sienkiewicza 28/30 i Tuwima 12 a realizowanego w ramach projektu „Rewitalizacja obszarowa Centr..” (numer postępowania: FZ-2380/39/23/RK). Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w dniu 25 października 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00460143.

Pismem z 2 listopada 2023 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Jako podstawę złożonego wniosku Zamawiający wskazał art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że wstrzymanie zawarcia umowy odnośnie zadania nr 1 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. Zamawiający wskazał, że jest on Partnerem w projekcie „Rewitalizacja obszarowa Centrum Łodzi – Projekt nr 2” na podstawie umowy partnerskiej zawartej 31 stycznia 2017 r. z Miastem Łódź. Całkowita wartość projektu wynosi 128.565.103,33 zł, z czego budżet KWP w Łodzi stanowi 44.665.571,96 zł, w tym 85%, w kwocie prawie 30 mln zł to dofinansowanie ze środków EFR.

Zamawiający wskazał, że w zakresie rewitalizacji obiektu przy ul. Tuwima 12a w Łodzi (nieruchomość pozostaje w trwałym zarządzie KWP w Łodzi będącej państwową jednostką budżetową), Projekt przewiduje kompleksową modernizację wszystkich pomieszczeń budynku (odnowienie ścian, sufitów, wymiana posadzek, wymiana stolarki, wymiana wyposażenia, etc.), czego efektem będzie poprawa warunków pracy policjantów i pracowników cywilnych, usprawnienie obsługi interesantów, jak również dostosowanie pomieszczeń do obecnie obowiązujących norm i przepisów, co zwiększy dostępność obiektu i przełoży się na ogólny wzrost poczucia bezpieczeństwa łódzian. Rewitalizacja obiektu użytkowanego przez KWP w Łodzi wpisuje się w szerszy kontekst tj. rewitalizację obszarową centrum Łodzi, na którą składa się 8 projektów, których celem nadrzędnym jest poprawa jakości życia łódzian. Obiekt przy ul. Tuwima 12a jest jednym z 7 obiektów objętych procesem rewitalizacji w ramach Projektu nr 2. Oprócz rewitalizacji budynków projekt przewiduje dodatkowo modernizację dróg powiązanych z obiektami objętymi rewitalizacją oraz zagospodarowanie przestrzeni publicznej. Warunkiem rozliczenia projektu oraz uznania dotychczas poniesionych wydatków za koszty kwalifikowalne jest ukończenie inwestycji przez KWP w Łodzi do końca 2023 r. W obiekcie przy ul. Tuwima 12a do całkowitego zakończenia robót pozostało około 10% zakresu robót.

W dalszej części wniosku Zamawiający zaznaczył, że dotychczasowy wykonawca robót budowlanych, tj. konsorcjum, którego liderem była Wegner Sp. z o.o. Sp. k. (Odwołujący), został wyłoniony w przetargu nieograniczonym w roku 2020, umowę zawarto w dniu 07 stycznia 2021r. W trakcie realizacji umowy zdaniem Zamawiającego Wykonawca systematycznie nie wywiązywał się ze swoich zobowiązań, w tym zwłaszcza nie dotrzymywał terminów realizacji umowy i Harmonogramu rzeczowo-finansowego, co skutkowało kilkukrotnymi zmianami tego harmonogramu oraz nie rozliczał się z podwykonawcami. Zamawiający trzykrotnie przedstawiał Wykonawcy plan naprawczy, z którego Wykonawca nie wywiązał się, co w rezultacie spowodowało rozwiązanie umowy na etapie wykonanych 90% (odnośnie do obiektu przy ul. Tuwima 12a) planowanych robót i konieczność wyboru nowego wykonawcy w celu dokończenia robót budowlanych.

Zamawiający zwrócił uwagę, że dotychczasowy wykonawca – odwołujący kwestionuje przyjęte przez Zamawiającego stanowisko o rozwiązaniu umowy z przyczyn leżących po

stronie wykonawcy, co w ocenie Zamawiającego z pewnością będzie jeszcze przedmiotem oceny sądów. Zamawiający

wskazał, że strony odmiennie oceniają wpływ warunków rynkowych istniejących w czasie wykonywania umowy (trwająca epidemia covid-19, wybuch wojny w Ukrainie, wzrost inflacji) i zachowań samego wykonawcy na niedotrzymywanie przez niego zobowiązań wynikających z umowy.

W ocenie Zamawiającego, wniesienie odwołania jest jednym z elementów działań Odwołującego w związku z trwającym sporem pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym dotyczącym rozwiązania umowy, które nastąpiło wskutek oświadczenia KWP w Łodzi w maju br. i ma na celu wyłącznie opóźnienie zawarcia umowy z kolejnym wykonawcą, co w konsekwencji spowoduje nieukończenie inwestycji w terminie wskazanym w umowie o dofinansowanie, tj. 31 grudnia 2023 r. Ponadto, nieukończenie inwestycji w powyższym terminie rodzi zdaniem Zamawiającego realne ryzyko niezrealizowania wskaźników wynikających z umowy o dofinansowanie i uznanie przez Instytucję Zarządzającą znacznej części poniesionych przez Zamawiającego na realizację inwestycji kosztów za niekwalifikowalne, zarówno w budżecie KWP w Łodzi, jak i w budżecie lidera projektu, co w efekcie spowoduje uszczerbek dla Skarbu Państwa.

Zamawiający wskazał również, że pomiędzy stronami toczyło się przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej RP postępowanie mediacyjne w przedmiocie waloryzacji wynagrodzenia umownego, które zostało zakończone przez mediatorów z uwagi na brak perspektywy zawarcia ugody. Stanowiska stron, co do ewentualnej należnej odwołującemu kwoty waloryzacji wynagrodzenia oraz co do rozłożenia pomiędzy strony ryzyka wzrostu kosztów wykonania zamówienia były zbyt rozbieżne.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z dyspozycją art. 310 pkt 2 ustawy Pzp oraz zapisami pkt. 3.2. SWZ, w przypadku braku uchylecia zakazu zawarcia umowy, przedmiotowe postępowanie zostanie unieważnione niezależnie od wyniku prowadzonego postępowania odwoławczego, ponieważ Zamawiający pozbawiony będzie realnej możliwości wykorzystania środków przyznanych w ramach dofinansowania projektu, a więc nie będzie miał również wystarczających środków na sfinansowanie zamówienia. W dalszej konsekwencji Zamawiający nie wywiąże się ze zobowiązań wynikających z zapisów umowy o dofinansowanie projektu oraz umowy partnerskiej z Miastem Łódź, co będzie miało negatywne skutki dla interesu publicznego, jak również, z uwagi na uznanie przez Instytucję Zarządzającą części wydatków projektowych za niekwalifikowalne, spowoduje uszczerbek dla Skarbu Państwa.

Pozytywne rozpatrzenie złożonego przez Zamawiającego wniosku i uchylenie zakazu zawarcia umowy tylko w zakresie zadania nr 1, obejmującego dokończenie robót budowlanych w obiekcie przy ul. Tuwima 12a w Łodzi, pozwoli zdaniem Zamawiającego na zrealizowanie w minimalnym zakresie mierników przyjętych w umowie o dofinansowanie i zminimalizuje ryzyko

wystąpienia konieczności zwrotu dotacji wydatkowanej dotychczas na wszystkich ośmiu inwestycjach realizowanych w ramach projektu „Rewitalizacja obszarowa Centrum Łodzi – Projekt nr 2”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Do rozpoznania przedmiotowego wniosku zastosowanie znajdują przepisy art. 577 – 578 ustawy Pzp.

Instytucja uchylecia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem i stanowi odstępstwo w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 577 ustawy Pzp), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, z drugiej strony także interes zamawiającego poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zaskarżonym zakresie.

Przesłanki uchylecia zakazu zawarcia umowy zostały sformułowane bardzo rygorystycznie i powinny być wykładane ostrożnie w oparciu o dany stan faktyczny. Ewentualne uchylenie zakazu powinno następować w sytuacjach wyjątkowych, o szczególnym znaczeniu.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Pzp Izba 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.

Zamawiający we wniosku wskazał, że niezawarcie przez niego 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. W złożonym wniosku dokonał on opisu realizowanej w Łodzi, przy ul. Tuwima 12a inwestycji. Wskazał nazwę projektu, w ramach którego jest ona realizowana przywołując wartości projektu oraz kwoty podlegające dofinansowaniu. Opisał również współpracę z dotychczasowym wykonawcą, wskazując, że zakończyła się ona w jego ocenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, wskazując jednak na odmienne stanowisko tegoż wykonawcy. Zamawiający wskazał, że zgodnie z

dyspozycją art. 310 pkt 2 ustawy Pzp oraz postanowieniami pkt. 3.2. SWZ, w przypadku braku uchylecia zakazu zawarcia umowy, prowadzone przez niego postępowanie zostanie unieważnione niezależnie od wyniku prowadzonego postępowania odwoławczego, ponieważ Zamawiający pozbawiony będzie realnej możliwości wykorzystania środków

przyznanych w ramach dofinansowania projektu, a więc nie będzie miał również wystarczających środków na sfinansowanie zamówienia. W dalszej konsekwencji Zamawiający nie wywiąże się ze zobowiązań wynikających z zapisów umowy o dofinansowanie projektu oraz umowy partnerskiej z Miastem Łódź, co będzie miało negatywne skutki dla interesu publicznego, jak również, z uwagi na uznanie przez Instytucję Zarządzającą części wydatków projektowych za niekwalifikowalne, spowoduje uszczerbek dla Skarbu Państwa.

W ocenie Izby, Zamawiający winien wykazać jakie 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 może wywołać zwłoka w zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie załączył do złożonego wniosku postanowień umowy partnerskiej, na którą się powołuje. Nie przedłożył on także warunków przyznania i rozliczenia dofinansowania. Co więcej wskazał, że niezależnie od wyniku rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego, które co do zasady powinno nastąpić w odstępie około tygodnia od dnia wydania niniejszego postanowienia, będzie zmuszony unieważnić prowadzone postępowanie, ponieważ Zamawiający pozbawiony będzie realnej możliwości wykorzystania środków przyznanych w ramach dofinansowania projektu, a więc nie będzie miał również wystarczających środków na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie Izby, Zamawiający w złożonym wniosku nie wykazał wystąpienia przesłanek, o których mowa w przywołanym przez niego przepisie, a które uzasadniałyby uchylenie zakazu zawarcia umowy. Twierdzenia Zamawiającego są ogólnikowe i gołosłowne. W ocenie Izby złożony przez Zamawiającego wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie zasługiwał na uwzględnienie również w związku z tym, że Zamawiający ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikował dopiero 25 października 2023 r., podczas gdy umowa z poprzednim wykonawcą została rozwiązana w maju 2023 r. Zamawiający nie wykazał Izbie, że nie było obiektywnie możliwości szybszego wszczęcia niniejszego postępowania. Zamawiający działając z należytą starannością winien wszcząć postępowanie w takim terminie, aby umożliwić ochronę zarówno własnych interesów oraz interesów potencjalnych wykonawców. Nie może być bowiem tak, że przez ewentualne opóźnienie Zamawiającego i zbyt późne wszczęcie postępowania, narażony zostanie interes odwołującego, który w ustawowym terminie skorzystał z przysługujących mu środków prawnych.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, uznając, że przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie zostały spełnione, co skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodnicząca: