

Sygn. akt KIO/W 9/22

POSTANOWIENIE z dnia 7 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

Anna Osiecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 marca 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 3 marca 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: Powiat Legionowski - Starostwo Powiatowe w Legionowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: Budowa budynku na potrzeby Liceum Ogólnokształcącego w ramach inwestycji pn.: „Projekt i budowa budynku na potrzeby Liceum Ogólnokształcącego w Stanisławowie Pierwszym w Gminie Nieporęt”, znak ref: ZPU.272.54.2021 (ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00321374/01)

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy w związku z wniesieniem odwołania na czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie

Zamawiający złożył dnia wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wskazał na związek wniosku z wniesieniem odwołania przez JL Spółka z o.o., ul. Forteczna 27, 18-421 Piątnica Poduchowna we wskazanym postępowaniu.

Uzasadniając wniosek zamawiający wskazał, że w dniu 22 lutego 2022 r. rozstrzygnął postępowanie, jako najkorzystniejszą wybierając ofertę złożoną przez Arcus Technologie Sp. z o.o. w Celestynowie.

Oferta Odwołującego: JL Spółka z o.o. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, w związku z art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Wykonawcę oraz nakazanie zwrotu wadium wraz z odsetkami,
- 2) stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy Pzp w zakresie zatrzymania wadium.

Odwołujący nie zarzuca innych naruszeń ustawy Pzp, w tym nie kwestionuje zasadności odrzucenia jego oferty ani dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z tego względu, iż odwołanie dotyczy wyłącznie czynności zatrzymania wadium, przyszłe rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej nie może wpłynąć na wybór oferty najkorzystniejszej, jak też nie zmieni warunków ani stron umowy. W wyniku podjętego przez Izbę rozstrzygnięcia nie może zatem ulec zmianie Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i z którym planowane jest zawarcie umowy.

Przedmiotem zamówienia jest bardzo ważna i oczekiwana przez mieszkańców powiatu budowa budynku na potrzeby Liceum Ogólnokształcącego w Stanisławowie Pierwszym w Gminie Nieporęt. Inwestycja ma być w 85% finansowana z Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych za pośrednictwem Banku Gospodarstwa Krajowego.

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.

Zamawiający wszczął prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 17 grudnia 2021 r., czyli niezwłocznie po powzięciu informacji o zaistnieniu interesu publicznego i zapewnieniu środków na sfinansowanie zamówienia. Dla możliwości realizacji zaplanowanej inwestycji niezbędne jest uzyskanie promesy inwestycyjnej z BGK, która może wejść w życie dopiero po zawarciu umowy z Wykonawcą. Obecnie Zamawiający posiada wstępną promesę nr 01/2021/3352/PolskiŁad z dnia 17 listopada 2021 r.

Negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na nie zawarcie umowy, są natomiast:

- brak możliwości terminowej oraz właściwej realizacji zadań budżetowych i statutowych przez Zamawiającego,

- brak możliwości wystąpienia o promesę inwestycyjną w ramach przedmiotowego zadania, a co za tym idzie ryzyko utraty dofinansowania w ramach Programu w wysokości 16 311 159 zł.

Z uwagi na powyższe nie ma wątpliwości, że brak niezwłocznego udzielenia zamówienia może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zawarcie umowy przed zakończeniem postępowania odwoławczego nie wiąże się dla wykonawcy z prawdopodobieństwem doznania uszczerbku w wyniku zaskarżonej w odwołaniu czynności Zamawiającego. Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionuje wyniku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, przeciwnie - nie podnosi zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej i wyraźnie stwierdza, że nie zaskarża czynności odrzucenia jego oferty. Odwołanie ogranicza się do zarzutu dotyczącego czynności zatrzymania wadium i zmierza jedynie do nakazania Zamawiającemu zwrotu tego wadium (ewentualnie stwierdzenia naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych w zakresie zatrzymania wadium). Z uwagi na powyższe uprawnione jest stwierdzenie, że zawarcie przez Zamawiającego umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie wpłynie w żaden sposób na sytuację Odwołującego. W tej sytuacji spełniona jest przesłanka określona w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp dotycząca uchylenia zakazu zawarcia umowy określonego w art. 577 ustawy pzp.

W zbliżonym stanie faktycznym Krajowa Izba odwoławcza postanowieniem z 15.10.2021 r. sygn. KIO/W 91/21 uchyliła zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w sytuacji, gdy odwołanie oferenta dotyczyło wyłącznie czynności zatrzymania wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie złożone przez spółkę wymienioną na wstępie dotyczy czynności zatrzymania przez Zamawiającego wadium wpłaconego przez Odwołującego, a żądanie odwołania sprowadza się do unieważnienia czynności zatrzymania wpłaconego przez niego wadium wraz z odsetkami, ewentualnie – stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie zatrzymania wadium.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, stąd też za oczywistą omyłkę uznano wskazanie w odwołaniu „ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.)”.

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.

W ocenie Izby, Zamawiający w złożonym wniosku wykazał wystąpienie przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, uzasadniającej uchylenie zakazu zawarcia umowy. Wskazane przez Zamawiającego okoliczności, pozwalają – zdaniem Izby – stwierdzić, że niezawarcie umowy może spowodować daleko idące, negatywne skutki dla interesu publicznego. W świetle przedstawionego uzasadnienia wniosku nie ma wątpliwości, że uzyskanie dofinansowania inwestycji z Banku Gospodarstwa Krajowego na podstawie wstępnej promesy z dnia 17 listopada 2021 r. uzależnione jest od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego między zamawiającym a wybranym wykonawcą.

Z uwagi na powyższe uznać należy, że brak niezwłocznego udzielenia zamówienia może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Powyższe nie jest jednak samo w sobie wystarczające dla uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zgodnie bowiem z art. 578 ust. 2 ust. 1 ustawy Pzp, uchylenie takiego zakazu jest możliwe, jeśli te negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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, podjęcie decyzji w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy wymaga porównania wagi negatywnych skutków dla interesu publicznego z wagą korzyści wynikających z ochrony wszystkich innych interesów, co dotyczy w szczególności interesu wykonawców w uzyskaniu skutecznej ochrony prawnej. Odwołanie jest bowiem środkiem ochrony prawnej wykonawców przed niezgodnymi z prawem działaniami lub zaniechaniami zamawiających.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zawarcie umowy przed zakończeniem postępowania odwoławczego nie wiąże się dla wykonawcy z prawdopodobieństwem doznania uszczerbku w wyniku zaskarżonej w odwołaniu czynności Zamawiającego. Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionuje wyniku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie podnosi zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej i wyraźnie ogranicza się do zarzutu dotyczącego czynności zatrzymania wadium oraz zmierza jedynie do nakazania Zamawiającemu zwrotu tego wadium (ewentualnie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie zatrzymania wadium). Z uwagi na powyższe uprawnione jest stwierdzenie, że zawarcie przez Zamawiającego umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie wpłynie w żaden sposób na sytuację Odwołującego.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że została spełniona określona art. 578 ust. 2 ust. 1 ustawy Pzp przesłanka uchylenia zakazu zawarcia umowy i postanowiła uchylić zakaz zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy Pzp, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: