

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 18 grudnia 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 18 grudnia 2015 roku w Warszawie, wniosku z dnia 15 grudnia 2015 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, złożonego przez Zamawiającego – **Politechnikę Warszawską, w imieniu której postępowanie prowadzi CEZAMAT PW Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa kompletu komór chemicznych z wyposażeniem do mokrej obróbki chemicznej płytek krzemowych na potrzeby realizacji projektu Fotonika i Technologie Tehercowe - Rozwój Wydziałowego Centrum Badawczego współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013”

**postanawia:**

**Odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku  
lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze**

**UZASADNIENIE**

Pismem z dnia z dnia 15 grudnia 2015 roku Zamawiający wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy, przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Dostawa kompletu komór chemicznych z wyposażeniem do mokrej obróbki chemicznej płytek krzemowych na potrzeby realizacji projektu Fotonika i Technologie Tehercowe - Rozwój Wydziałowego Centrum Badawczego współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013”.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że postępowanie oznaczone numerem CEZAMAT/ZP34/2015/F, jest drugim z kolei postępowaniem zmierzającym do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na dostawę kompletu komór chemicznych z wyposażeniem do mokrej obróbki chemicznej płytek krzemowych na potrzeby realizacji projektu Fotonika i Technologie Terahercowe - Rozwój Wydziałowego Centrum Badawczego współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013. Uprzednio prowadzone postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Ofertę w pierwszym postępowaniu złożył odwołujący - Tetreon Technologies Ltd., Spring Gardens, London Road, Washington, West Sussex, RH203BS Wielka Brytania, jednakże z uwagi na niezabezpieczenie wadium wykonawca ten został wykluczony z udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, zaś oferta wykonawcy uznana została za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy.

Stanowiące przedmiot postępowania komory chemiczne z wyposażeniem do mokrej obróbki chemicznej płytek krzemowych składają się na zestaw aparatury naukowo - badawczej przeznaczony do Laboratorium Centralnego CEZAMAT - Centrum Zaawansowanych Materiałów i Technologii. W wyniku realizacji Laboratorium Centralnego powstanie wyjątkowy kompleks badawczy służący prowadzeniu interdyscyplinarnych badań nad przyszłościowymi materiałami i technologiami. Centrum wyposażone będzie w zaawansowane linie technologiczne oraz platformy projektowania, symulacji, diagnostyki i charakteryzacji. Centrum ma służyć całemu - polskiemu i międzynarodowemu - środowisku naukowemu oraz przedsiębiorstwom poszukującym innowacyjnych technologii i produktów. Ważnym celem CEZAMAT-u będzie transfer zaawansowanych technologii oraz komercjalizacja wypracowanych pomysłów. Centrum ma być ośrodkiem stymulującym współpracę pomiędzy mazowieckimi i krajowymi ośrodkami naukowo-badawczymi i biznesem oraz działania na rzecz rozwoju regionu. W tym celu niezbędny jest zakup określonego rodzaju i funkcjonalności aparatury naukowo - badawczej, tak by przygotować pełne i funkcjonujące należycie linie technologiczne. Brak chociażby jednego z przewidzianych urządzeń może skutecznie uniemożliwić właściwe wykorzystanie linii technologicznej, w ramach której brakujące urządzenie miało funkcjonować, jak również uniemożliwić wykorzystanie i zastosowanie badań wykonanych na innych urządzeniach w ramach linii technologicznej.

Okoliczność, iż zakup aparatury naukowo - badawczej współfinansowany jest ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013 - a więc perspektywy finansowej, która kończy się z upływem bieżącego roku, ma istotne znaczenie w związku z wniesionym

odwołaniem i będącym skutkiem wniesienia odwołania zakazem zawarcia umowy - zakup kompletu komór chemicznych z wyposażeniem do mokrej obróbki chemicznej płytek krzemowych stanie się niemożliwy. Jako że cena oferty Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia o kwotę ponad 700.000,00 zł, skutkiem wniesienia odwołania może być konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kolejne postępowanie - z uwagi na zakończenie realizacji projektu współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013, nie może zostać wszczęte.

W tym kontekście niezawarcie niezwłocznie umowy w sprawie zamówienia publicznego na dostawę rzeczonych urządzeń aparatury naukowo - badawczej spowoduje 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 szczególności indywidualnego interesu jednego z producentów i dostawców tego rodzaju aparatury, który wniósł odwołanie.

Zamawiający wskazał dodatkowo, że zarzuty podniesione w odwołaniu wniesionym w dniu 10 grudnia 2015 r. są oczywiście niezasadne.

Odnosząc się syntetycznie do poszczególnych zarzutów:

1) art. 26 ust. 2b ustawy w związku z § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - Odwołujący kwestionuje faktyczne dysponowanie przez wykonawcę Technolutions M.C. potencjałem ekonomicznym podmiotu trzeciego formułując hipotezę, iż niezbędne jest podjęcie przez Zamawiającego zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia treści zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy własnych zasobów do dyspozycji na czas niezbędny do realizacji zamówienia. Hipoteza ta jest błędna. Wykonawca Technolutions M.C. przedłożył żądane przez Zamawiającego dokumenty w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej. W szczególności przedłożył pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy zasobów potwierdzających zdolność ekonomiczną wykonawcy do realizacji zamówienia, określające:

- rodzaj udostępnionych zasobów;
- sposób wykorzystania udostępnionych zasobów;
- charakter stosunku łączącego podmiot trzeci z wykonawcą;
- zakres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia;
- okres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia.

Żaden z powyższych elementów oświadczenia podmiotu trzeciego nie budził wątpliwości Zamawiającego, wymagających podjęcia zabiegów interpretacyjnych. W szczególności nie budzi wątpliwości sformułowanie „porozumienie gwarancyjne”, poprzez które - zgodnie z potocznym nawet, a niekoniecznie fachowym znaczeniem, rozumie się zagwarantowanie przez jeden lub więcej podmiotów realizacji określonych praw i/lub obowiązków. Nie budzi wątpliwości, iż wykonawca Technolutions M.C. wykazał poprzez treść przedstawionych dokumentów realny sposób, w jaki jest przewidziane korzystanie z potencjału ekonomicznego podmiotu trzeciego w czasie realizacji zamówienia, a zatem realny sposób, w jaki podmiot trzeci gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do swojego potencjału ekonomicznego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia;

2) art. 90 ust. 1 ustawy - zarzut jest nietrafny. Art. 90 ust. 1 ustawy nakazuje Zamawiającemu wezwać wykonawcę/wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wówczas, gdy cena oferty/ofert wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego. Żadna z tych okoliczności nie nastąpiła w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Cena zaoferowana przez wykonawcę Technolutions M.C. nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do jej wysokości i realności w stosunku do przedmiotu zamówienia - w szczególności w związku z zaoferowanymi urządzeniami. Co więcej, Zamawiający nie powziął wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny w związku z przesłankami zawartymi w art. 90 ust. 1 ustawy - wybrana jako najkorzystniejsza oferta nie jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, ani nie jest niższa o 30% od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia. Zamawiający nie jest zobowiązany wszczynać procedurę wyjaśniającą przewidzianą w art. 90 ust. 1 ustawy w sytuacji, gdy nie zostały przekroczone progi procentowe różnicujące cenę wybranej oferty od średniej arytmetycznej złożonych ofert lub szacunkowej wartości zamówienia - tak m.in. orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2014 r. sygn. KIO 1883/14.

Dodatkowo fakt, iż cena oferty Odwołującego wydaje się „rażąco wysoka” i nieuzasadniona specyfiką przedmiotu zamówienia, nie może mieć wpływu na przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy;

3) art. 26 ust. 4 ustawy - zarzut jest nietrafny. Wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu - tu w zakresie wiedzy i doświadczenia - wykonawcy nie są zobowiązani wykazać się realizacją tożsamyh zamówień. Okoliczność, iż w określeniu przedmiotu zamówienia w wykazie wykonanych dostaw wykonawca nie zacytował opisu komór chemicznych sformułowanego przez Zamawiającego, ma charakter drugorzędny i nie ma wpływu na ocenę kompetencji wykonawcy, z przedłożonych wraz z ofertą wykonawcy Technolutions M.C. dokumentów i oświadczeń wynika, że wykonawca ten wykonał minimalną wymaganą przez Zamawiającego dostawę komór chemicznych adekwatnych do

komór chemicznych stanowiących przedmiot zamówienia. Podstawowa charakterystyka tego rodzaju urządzeń aparatury naukowo - badawczej wskazuje, że są to urządzenia zapewniające maksymalne bezpieczeństwo przy wykonywaniu prac laboratoryjnych - a więc prac wykonywanych w warunkach wysokiej czystości. Osoby rozpoznające tego rodzaju urządzenia - zarówno producenci urządzeń, fachowi dostawcy, jak i naukowcy i eksperci wykorzystujący te urządzenia w pracach laboratoryjnych, wiedzą, że komory chemiczne umożliwiają przeprowadzenie określonego rodzaju prac w warunkach wysokiej czystości

Zamawiający podnosi równocześnie okoliczność istotną zarówno dla przedmiotowego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, jak i dla skuteczności odwołania wniesionego przez Tetreon Technologies Ltd - Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku hipotetycznego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący wykonawca zmierza faktycznie do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia - cena oferty Odwołującego (po doliczeniu podatku VAT zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy, którego naliczenie i rozliczenie spoczywa na Zamawiającym) przekracza kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia o kwotę ponad 700.000,00 zł. Zatem nawet w sytuacji potwierdzenia się części zarzutów podniesionych w odwołaniu i przy założeniu, że Zamawiający w wyniku ponownego badania i oceny ofert wykluczy wykonawcę Technolutions M.C. lub odrzuci ofertę tego wykonawcy, Odwołujący nie uzyska zamówienia. Zamawiający zobligowany będzie do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W art. 179 ust. 1 ustawy mowa jest o interesie w uzyskaniu danego zamówienia, a więc zamówienia będącego przedmiotem postępowania, w którym wniesiono środek ochrony prawnej. Jednolite w tym zakresie orzecznictwo nie akceptuje wykazywania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, ale w ewentualnym innym postępowaniu. Posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oznacza, że nie można powoływać się na inny interes niż chęć uzyskania zamówienia (tak w wyroku Izby z dnia 4 września 2014 r. sygn. KIO 1708/14, cyt.: *„odwołanie nie jest środkiem ochrony prawnej mającym na celu uzyskanie wyłącznie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale jest środkiem ochrony prawnej podejmowanym w celu uzyskania zamówienia przez wykonawcę”*).

Co do przesłanki szkody, którą może ponieść Odwołujący - należy przyjąć, iż chodzi o szkodę majątkową. Uzyskanie zamówienia ma bowiem charakter ekonomiczny - w tym przypadku przejawiający się w osiągnięciu zysku przez wykonawcę z tytułu realizacji dostawy. Jak wykazano jednak wyżej Odwołujący nie uzyska zamówienia na skutek wniesionego odwołania, nie można zatem mówić nawet o możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego.

## **Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zgodnie z art. 183 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego Izba stwierdza, że Zamawiający nie wykazał na czym będą polegać negatywne skutki dla interesu publicznego w przypadku niewyrażenia zgody na natychmiastowe zawarcie umowy z wybranym wykonawcą.

Wskazanie, iż zamówienie realizowane jest w ramach środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013 - a więc perspektywy finansowej, która kończy się z upływem bieżącego roku, a także że jego realizacja musi zakończyć się do określonej daty, jest na tyle ogólne, jak i pozbawione czytelności, z którego można by wywieść negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z ochroną interesów wykonawców.

Składając przedmiotowy wniosek Zamawiający winien był w sposób szczegółowy i za pomocą jasnych określeń wykazać wpływ wykonania tego zamówienia na ochronę słusznego interesu publicznego, którego niewykonanie w sposób ewidentny przekracza potrzebę ochrony praw odwołującego się uczestnika postępowania odwoławczego.

Jednocześnie Izba wskazuje, że każdy profesjonalny uczestnik systemu zamówień publicznych, a za takiego niewątpliwie uznać należy Zamawiającego, winien planując takie postępowanie założyć odpowiedni okres jego trwania przewidując, że wykonawcy będą mogli składać odwołania od czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania oraz że postępowanie może być unieważnione i będzie zachodziła konieczność powtórzenia całej procedury przetargowej.

Wskazać należy, że Zamawiający w uzasadnieniu wniosku, nie podał dostatecznych argumentów pozwalających Izbie na wnikliwe rozpatrzenie wniosku celem zastosowania instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, która to instytucja ma charakter wyjątkowy. Z uzasadnienia wniosku nie wynikają bowiem żadne konkretne informacje, które pozwoliłyby na dokonanie oceny możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego. Izba uchylając zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania nie może opierać się na ogólnikowych sformułowaniach oraz nie może rozpoznawać wniosków przez pryzmat zasadności czy też niezasadności złożonego przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Przy rozpoznawaniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, argumentacja dotycząca zarzutów wniesionego

odwołania nie ma żadnego znaczenia prawnego. Rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie dokonuje bowiem oceny zasadności wniesionego odwołania. Tymczasem Zamawiający w zdecydowanej większości treści skierowanego wniosku skupił się na zasadności zarzutów odwołania. Polemice ze stanowiskiem Odwołującego służy instytucja odpowiedzi na odwołanie, wniosek o uchylenie zakazu ma odnosić się do okoliczności, które wpływają na rozważenie konieczności zawarcia przez Zamawiającego umowy bez względu na sposób rozstrzygnięcia odwołania, ponieważ wymaga tego określony interes publiczny będący dobrem nadrzędnym w stosunku do ochrony praw podmiotów trzecich. Istnienia takiego interesu Zamawiający nie wykazał. Nie można uznać za wykazanie powyższej przesłanki opisanie korzyści płynących z realizacji przedmiotowego projektu naukowego, ponieważ te są bezdyskusyjne. Nie przemawiają jednak za umożliwieniem tylko z tego powodu wcześniejszego zawarcia umowy.

Tak więc Zamawiający nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, iż istnieją okoliczności, które spowodują negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 182 ust. 4 ustawy Pzp na postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:**