

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 stycznia 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Katarzyna Prowadzisz**

**Członkowie:** **Magdalena Rams**

**Robert Skrzyszewski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 stycznia 2019 roku w Warszawie wniosku z dnia 18 grudnia 2018 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Zamawiającego Miasto Gliwice w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Zachodnia Brama Metropolii Sielesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – dokończenie dokumentacji projektowej*

postanawia:

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Zachodnia Brama Metropolii Sielesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – dokończenie dokumentacji projektowej***

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – Miasto Gliwice - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pod nazwą *Zachodnia Brama Metropolii Sielesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – dokończenie dokumentacji projektowej*

W dniu 18 grudnia 2018 roku (email - prezentata na piśmie) pismem z dnia 18 grudnia 2018 roku Zamawiający złożył w trybie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zmianami, dalej: „ustawa”) wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o *uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie*

*zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki na „Zachodnia Brama Metropolii Sielesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – dokończenie dokumentacji projektowej” przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.*

Zamawiający w uzasadnieniu złożonego wniosku wskazał między innymi, że w dniu 20 listopada 2018 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy oraz art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy, a w dniu 3 grudnia 2018 roku wykonawca S. G. Pas Projekt Archi Studio wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego. Zamawiający podał również, że w dniu 14 grudnia 2018 roku przez Izbą odbyła się rozprawa, w której wyznaczono termin rozstrzygnięcia na dzień 8 stycznia 2019 roku.

Zamawiający podał, że wszczął postępowanie ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po jego stronie, której nie mógł przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Zamawiający wskazał, że natychmiastowe wykonanie zamówienia wynika z konieczności złożenia do dnia 28 stycznia 2019 roku wniosku o dofinansowanie zadania inwestycyjnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020 z możliwością pozyskania kwoty dotacji na poziomie 130 milionów złotych. Wniosek może zostać złożony jedynie po dokończeniu dokumentacji projektowej objętej zamówieniem z wolnej ręki, bez wsparcia finansowego realizacja inwestycji nie będzie możliwa. Zamawiający podał, że niezawarcie umowy w najbliższym terminie spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, gdyż inwestycja ma służyć zaspokojeniu zbiorowych potrzeb mieszkańców. Inwestycja skupi wszystkie środki transportu miejskiego, łącząc nowoczesny, zintegrowany system stacji autobusów miejskich, regionalnych i międzynarodowych z parkingiem dla samochodów i rowerów oraz znajdującym się w sąsiedztwie dworcem kolejowym. Zamawiający podał, że wykonanie przedsięwzięcia leży wyłącznie w interesie publicznym tj. mieszkańców Gliwic oraz odwiedzających miasto turystów. Dzięki inwestycji poprawi się komfort oraz organizacja podróży co zachęci z pewnością mieszkańców do korzystania ze środków transportu publicznego, a to podniesie standardy życia mieszkańców Gliwic i innych miast przez obniżenie natężenia ruchu drogowego oraz poprawę jakości powietrza. Realizacja zadania jest kluczowa, priorytetowa dla miasta i jego mieszkańców, niezawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Czynności podjęte w postępowaniu w postaci wyboru trybu o udzielenie zamówienia nie naruszają żadnego interesu, tym bardziej interesu Odwołującego.

Zamawiający wskazał, że S. G. Pas Projekt Archi Studio nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż nie jest prawnie możliwe zarówno u Zamawiającego jak i u pozostałych Zamawiających. Stanowi o tym art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych. Na posiedzeniu w dniu 14 grudnia 2018 roku w sprawie rozstrzygnięcia odwołania wykonawca S. G. Pas Projekt Archi Studio oświadczył, że został skazany wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 1 lipca 2014 roku i utrzymującym ten wyrok wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 4 grudnia 2014 roku oraz wyrokiem Sądu Rejonowego w Słupsku z dnia 29 czerwca 2015 roku utrzymanym przez Sąd Okręgowy w Słupsku z dnia 9 sierpnia 2016 roku. Zamawiający wskazał, że od powyższych wyroków nie upłynęło 5 lat, co oznacza że Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż podlega wykluczeniu z każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezawarcie umowy dla zadania „*Zachodnia Brama Metropolii Sielesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – dokończenie dokumentacji projektowej*” w trybie pilnym naruszy interes publiczny, nie naruszy natomiast interesu Odwołującego, gdyż zwyczajnie interes ten nie występuje. Intencją Odwołującego w ocenie Zamawiającego jest działanie na szkodę Zamawiającego, Miasta Gliwice oraz jego mieszkańców.

Zgodnie z regulacją art. 183 ust. 1 ustawy Zamawiający, w przypadku wniesienia odwołania, nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Oceniając przedmiotowy stan faktyczny Izba uwzględniła treść przepisu art. 183 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym dopuszczalne jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, jeżeli 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.

Tym samym, co należy podkreślić, aby przywołany przepis mógł mieć zastosowanie, niezbędne jest kumulatywne wykazanie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie. Należy zauważyć, że możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze stanowi wyjątek od zasady, że Zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Dlatego też wypełnienie

ustawowych przesłanek pozwalających w konsekwencji na uchylenie zakazu zawarcia umowy, jako wyjątek, nie może być interpretowane rozszerzająco.

W ocenie Izby, Zamawiający, podnosząc argumenty uzasadniające zastosowanie tej właśnie instytucji nie wykazał zaistnienia ustawowych przesłanek uzasadniających uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Zamawiający, w zasadzie, w złożonym wniosku nie przeprowadził żadnej argumentacji wypełnienia ww. przesłanek. W złożonym wniosku nie przedstawiono żadnego uzasadnienia faktycznego począwszy od tego, że Zamawiający nie przedstawił stanu faktycznego sprawy, który stanowiłby podstawę dla wykazania zaistnienia ustawowych przesłanek uzasadniających uchylenie zakazu zawarcia umowy. Zamawiający poza lakonicznym wskazaniem odnośnie jakiego projektu realizowane jest zamówienie nie wykazał we wniosku jaki jest zakres przedmiotowy zamówienia, w którym wnosi o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Tym samym, nie wyjaśnił Zamawiający co też jest przedmiotem zamówienia jaki ma zostać objęty umową – poza podaniem, że jest to dokończenie dokumentacji projektowej – natomiast ogólne stwierdzenia o zaspokojeniu potrzeb mieszkańców (również niepoparte żadną szczegółową argumentacją oraz dokumentacją) nie może stanowić skutecznego uzasadnienia dla tej szczególnej procedury jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy. Podkreślić należy, że Zamawiający wykazać musi, że 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, co niewątpliwie wymaga to szerszej argumentacji chociażby w odniesieniu do korzyści jakie wskazał, tj, poprawy powietrza we wniosku niczym nieuzasadnionej i nie popartej jak również nie popartej niczym argumentacji o podniesieniu komfortu podróży, który to ma się przełożyć na korzystanie przez mieszkańców z transportu publicznego. Sam Zamawiający w swojej powierzchownej argumentacji jest niespójny bowiem raz odnosi się do mieszkańców i turystów a następnie twierdzi, że organizacja podróży i jej komfort zachęci mieszkańców do korzystania ze środków transportu publicznego. Zamawiający nie odnosi się do żadnych, choćby teoretycznych przypuszczeń co do liczby mieszkańców, którzy korzystaliby z takiego transportu publicznego czy też ewentualnych wyliczeń jakie poczynił w odniesieniu do turystów odwiedzających Miasto Gliwice - natomiast skoro użył takich argumentów powinien był je przedstawić, ponieważ takie ogólniki niczego nie wykazują. Tak samo jest w przypadku poprawy standardów życia mieszkańców przez spadek natężenia ruchu czy poprawę powietrza – w tym zakresie poza jednym zdaniem nie ma żadnej faktycznej

argumentacji, wyliczeń, dowodów, opinii w zasadzie czegokolwiek co rozwija, uzasadnia, dowodzi twierdzeń Zamawiającego. Zamawiający, wskazując w jednym zdaniu na konieczność złożenia wniosku o dofinansowanie zadania do dnia 28 stycznia 2019 roku, jak również wysokość dofinansowania nie poprał tego żadnymi dokumentami uprawdopodobniającymi ten stan rzeczy. Nie wyjaśnił Zamawiający okoliczności związanych z terminem realizacji zamówienia, który wykazywałby faktyczne zagrożenie dla realności realizacji inwestycji podjętych w ramach realizacji zamówienia w kontekście podnoszonego w jednym zdaniu argumentu, że wniosek może zostać złożony jedynie po dokończeniu dokumentacji projektowej objętej zamówieniem z wolnej ręki.

Uzasadnienia oceny spełnienia przesłanek w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, jeżeli 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 nie stanowi również przedstawiona w tym wniosku argumentacja odnosząca się do oceny zasadności wniesienia odwołania przez wykonawcę S. G. Pas Projekt Archi Studio. Działania wykonawców podejmowane w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oceniane są w innym postępowaniu tj. postępowaniu odwoławczym wywołanym odwołaniem wniesionym przez wykonawcę poszukującego ochrony prawnej i nie są one powiązane z ustawowymi przesłankami uchylenia zakazu zawarcia umowy. Nie stanowi również wykazania spełnienia przesłanek określonych w art. 183 ust. 2 ustawy wskazanie terminu ogłoszenia orzeczenia w sprawie odwoławczej, który w wypadku tego konkretnego postępowania odwoławczego determinowany był udzielonymi, wcześniej zaplanowanymi urlopami składu orzekającego.

Izba podkreśla, że w przypadku zastosowania tej szczególnej regulacji ustawowej (uchylenie zakazu zawarcia umowy) to negatywne skutki dla interesu publicznego, jakich zaistnienie winien wykazać Zamawiający w przypadku niezawarcia umowy, a które przewyższają korzyści związane z ochroną – co należy podkreślić – wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowić powinny uzasadnienie wniosku. Zamawiający winien wykazać, że korzyści płynące z ochrony interesu publicznego, czyli zniwelowanie negatywnych skutków dla interesu publicznego, jest większe od korzyści związanych z ochroną wszystkich interesów (a nie tylko interesu Odwołującego w postępowaniu odwoławczym), w odniesieniu do których

zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Właśnie z tego powodu tak istotne i precyzyjne musi być wykazanie negatywnych skutków dla interesu publicznego jakie zaistnieją w przypadku niezawarcia umowy. Podkreślenia wymaga, że miernikiem oceny zasadności złożonego wniosku jest spowodowanie istotnych negatywnych skutków dla interesu publicznego, które są tak istotne, że przewyższają korzyści jakie wynikają z ochrony wszystkich interesów, które mogą zostać naruszone w wyniku zawarcia takiej umowy – i to winien wykazać wykonawca składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Zamawiający nie wykazał jakie to istotne negatywne skutki dla interesu prawnego zaistnieją, a co uzasadniałoby uchylenie zakazu zawarcia umowy w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a które przewyższają ustawowo gwarantowane 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.

W tym stanie rzeczy nie zachodzi konieczność odstąpienia od zasady zakazu zawierania umów w sprawie zamówienia do momentu ogłoszenia orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą merytoryczne przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy wskazane w art. 183 ust. 2 zdanie 2 ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....