

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 3 grudnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **3 grudnia 2021 r.** w Warszawie wniosku z **25 listopada 2021 r.** o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze

wniesionego **29 listopada 2021 r.** przez zamawiającego: **Koleje Dolnośląskie S.A. z siedzibą w Legnicy**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa zaplecza technicznego do obsługi i serwisowania taboru Spółki Koleje Dolnośląskie S.A* (nr postępowania KD/OZ/U/17/2021)

**postanawia:**

**odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy.**

**Uzasadnienie**

Koleje Dolnośląskie S.A. z siedzibą w Legnicy {dalej: „Koleje Dolnośląskie” lub „Zamawiający”}, w związku z wniesionym 22 listopada 2021 r. przez ALSTAL Grupę Budowlaną sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy, ALSTAL Investment sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy {dalej również: „Konsorcjum Alstal” lub „Odwołujący”} w postępowaniu o udzielenie zamówienia na rozbudowę zaplecza technicznego do obsługi i serwisowania taboru Kolei Dolnośląskich, na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej „ustawa pzp” lub „pzp”} złożyły wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy z ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej: „ZUE”}.

{uzasadnienie wniosku odnośnie przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 pzp}

W 2019 r. przygotowano program funkcjonalno-użytkowy, na podstawie którego została przygotowana koncepcja inwestycji oraz jej wstępny kosztorys, stanowiący podstawę do wystąpienia z wnioskiem o dofinansowanie projektu. We wrześniu 2021 r. podpisano

umowę na opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego. W maju 2021, po opracowaniu dokumentacji projektowej, ogłoszono przetarg na wybudowanie nowej hali, o którą ma zostać rozbudowane zaplecze techniczne do obsługi i serwisowania taboru Kolei Dolnośląskich.

Umowa na dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej wymaga zakończenia realizacji całego przedsięwzięcia do końca 2022 r.

Według wymogów stawianych przez przepisy obowiązujące w kolejnictwie eksploatowany tabor, w ściśle określonych interwałach czasowych lub kilometrowych, podlega okresowym przeglądom i naprawom, podczas których wykonuje się ściśle określone czynności naprawcze i wymianę elementów.

Obecnie, z uwagi na zbyt małe zaplecze techniczne, część tych obowiązkowych przeglądów Koleje Dolnośląskie zlecają podmiotom trzecim. Dodatkowo tabor Kolei Dolnośląskich w ciągu najbliższych kilkunastu miesięcy ulegnie zwiększeniu o 19 nowych pojazdów, w tym 11 pojazdów do obsługi nowo utworzonych połączeń na obszarze aglomeracji wrocławskiej, które zostały już zamówione, i 8 kolejnych pojazdów, które docelowo mają poprawić ofertę komunikacyjną dla mieszkańców Dolnego Śląska.

Wybudowanie nowej hali pozwoliłoby na znaczne ograniczenie kosztów, w niektórych rodzajach przeglądów nawet o ponad 50%.

We wszystkich projekcjach finansowych, opracowanych na potrzeby uzyskania dofinansowania ze środków unijnych lub kredytu na zakup tego taboru, nowa hala była prezentowana jako kluczowy element dla realizacji zadania własnego Województwa Dolnośląskiego w zakresie kolejowych przejazdów pasażerskich.

Oferta Odwołującego jest wyższa od ceny oferty ZUE – wybranej po wycofaniu się z postępowania Berger Bau Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej: „Berger Bau”}, który złożył ofertę z najniższą ceną – o 4.830.390,54 zł.

Według Zamawiającego wydłużający się proces wyłonienia wykonawcy może doprowadzić do tego, że będzie zmuszony zaniechać realizacji inwestycji, gdyż nie będzie w stanie zakończyć projektu w terminie wymaganym przez instytucje unijne.

Z kolei bez możliwości przeprowadzania we własnym zakresie napraw i przeglądów posiadanego taboru Koleje Dolnośląskie nie osiągną założonych celów redukcji kosztów, co może doprowadzić do istotnego pogorszenia płynności i jej wyników finansowych już w latach 2023 i 2024, czego dalszym skutkiem może być wypowiedzenie umów kredytowych przez banki i postawienie spółki w stan upadłości.

Skutki tego mogą być odczuwalne nie tylko dla pracowników Kolei Dolnośląskich, jak również dla wielu milionów pasażerów, dla których jako przewoźnik świadczy usługi przewozu.

W konsekwencji dalsze przedłużanie się wyboru wykonawcy może mieć poważne negatywne konsekwencje – jak to określił Zamawiający – *których wartość finansowa wielokrotnie przewyższa koszt realizacji tej inwestycji.*

W tych okolicznościach w ocenie Zamawiającego niezawarcie niezwłocznie umowy w sprawie tego zamówienia 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 niego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Według Zamawiającego nie leży w interesie publicznym ponoszenie przez niego zwiększonych wydatków tylko ze względu na interes Odwołującego. A w związku ze znacznym wzrostem cen na rynku budowlanym z każdym kolejnym tygodniem istnieje ryzyko poniesienia jeszcze większych kosztów budowy hali serwisowej.

{uzasadnienie wniosku odnośnie przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 pzp}

Zarzuty z pkt V odwołania sprowadzają się do kwestionowania spełniania przez ZUE warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do realizacji tego zamówienia.

M. W., wskazany jako kierownik budowy, posiada wymagane doświadczenie i to w okresie nawet dłuższym niż wymagane 5 lat, bo 67-miesięczne (odliczając dublujące się okresy). Specyfikacja warunków zamówienia nie przewidywała potwierdzenia terminów wpisami z dzienników budów, a wykaz stanowiący załącznik nr 8 do instrukcji dla wykonawców {dalej: „IDW”} wymagał potwierdzenia okresu doświadczenia w układzie miesiąc, rok.

Z kolei J. S., wskazany jako kierownik robót, również spełnia wymagane kryteria, gdyż pełnił funkcję kierownika budowy w swojej specjalności przez 38 miesięcy, czyli dłużej niż wymagane 3 lata. Przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane w art. 22 i art. 23 określają obowiązki i uprawnienia kierownika budowy, a więc nie sposób zasadnie podważać, że zdobyte przez kierownika budowy doświadczenie nie jest wystarczające do pełnienia funkcji kierownika robót. Należy przy tym mieć na względzie, że kierownik robót obok kierownika budowy jest także uczestnikiem procesu budowlanego (art. 17 pkt 4). Na podstawie art. 24 ust. 2 do kierownika robót budowlanych stosuje się odpowiednio art.

22, 23 i 24 ust. 1. Doświadczenie J. S. na stanowisku kierownika budowy jak najbardziej spełnia wymóg co do kierownika robót, potwierdza posiadanie przez niego doświadczenia w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

W zakresie zarzutu niewskazania w odniesieniu do doświadczenia którejkolwiek z osób nazwy inwestora, dla którego wykonywane były opisane inwestycje, co miałyby uniemożliwiać weryfikację prawidłowości i realności wskazanego doświadczenia, SWZ nie wymagała przedstawienia takiej informacji.

Brak jest także podstaw do uznania zarzutu, że podmiot trzeci zrealizuje jedynie roboty konstrukcyjno-budowlane (i to w zakresie 55%), skoro w oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 3 do IDW wskazał na realizację przedmiotowego zadania w części związanej z budową obiektów kubaturowych. Zgodnie z Prawem budowlanym ilekroć w ustawie jest mowa o obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Stąd potencjał podmiotu trzeciego spełnia warunek udziału opisany w pkt 10.1.2.2 ppkt IDW.

Pierwotnie została wybrana oferta Berger Bau i w sprawie sygn. akt KIO 2444/21 toczyło się postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą na skutek odwołania ZUE, po którego stronie przystąpiło wówczas Konsorcjum Alstal. Po jego zakończeniu Zamawiający dokonał, po przeprowadzeniu czynności z art. 252 ust. 2 i ust. 3 ustawy pzp, wyboru ZUE jako kolejnego wykonawcy.

W ocenie Zamawiającego doszło w ten sposób do wyczerpania możliwości dalszego stosowania trybu z art. 252 ust. 3 pzp, gdyż Konsorcjum Alstal nie byłby w rozumieniu tego przepisu „kolejnym”, lecz trzecim wykonawcą.

W tych okolicznościach według Zamawiającego podniesione w odwołaniu zarzuty są na tyle nietrafne, że zachodzi uzasadnione prawdopodobieństwo wniesienia tego odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

**Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:**

Z odpowiedzi na odwołanie zawartej w ramach uzasadnienia wniosku nie wynika uprawdopodobnienie, że odwołanie zostało wniesione przez Konsorcjum Alstal wyłącznie w celu umożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy z ZUE. W szczególności okoliczności przywołane przez Zamawiającego nie wskazują na oczywistą niezasadność wszystkich zarzutów odwołania. W zakresie spełniania przez ZUE warunków udziału dotyczących

dysponowania osobami zaistniał spór wymagający interpretacji stosownych postanowień SWZ, co wymaga przeprowadzenia rozprawy, w tym postępowania dowodowego.

Wyrokiem z 4 października 2021 r. w sprawie sygn. akt KIO 2444/21 Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty Berger Bau jako najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert, w tym wezwanie tego wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia wykazu osób w zakresie osoby proponowanej na stanowisko kierownika budowy/kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 10.1.2.2. ppkt 2 lit. a SWZ (IDW).

Nie ma znaczenia, że oferta ZUE została wybrana w związku z brakiem zgody Berger Bau na ponowny wybór jego oferty jako najkorzystniejszej po tym, jak upłynął termin związania ofertą, o co Zamawiający wystąpił w trybie art. 252 ust. 2 ustawy pzp. W przypadku uwzględnienia odwołania wniesionego przez Konsorcjum Alstal wystąpienie przez Zamawiającego w trybie art. 252 ust. 3 pzp do ZUE jako kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, o wyrażenie takiej zgody, okaże się być czynnością podjętą co najmniej przedwcześnie, a nawet bezzasadnie.

Zamawiający nie uprawdopodobnił, że niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania Konsorcjum Alstal zagraża realizacji zamówienia w terminie umożliwiającym otrzymanie dofinansowania przedsięwzięcia (tzw. projektu), czyli do końca 2022 r. W szczególności uzasadnienie wniosku nie zawiera informacji ani o wymaganym terminie realizacji zamówienia, ani tym bardziej o minimalnym okresie koniecznym dla wybudowania nowej hali serwisowej. Wykazane, że istnieje zagrożenie tego interesu

przesunięcia terminu realizacji przedmiotowego zamówienia w stosunku do daty, którą wskazał w ofercie wybrany wykonawca, w szczególności wynikłego z wniesienia odwołania przez innego wykonawcę, czyli skorzystania przez niego z przysługującego mu na mocy ustawy pzp środka ochrony prawnej jego interesów.

Również okoliczność, że cena oferty odwołującego się wykonawcy jest wyższa niż kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, nie może być samoistną podstawą do oceny braku po stronie tego wykonawcy zasługującego na ochronę interesu, zwłaszcza w sytuacji, gdy nie wiadomo, czy Zamawiający ewentualnie nie będzie mógł odpowiednio zwiększyć podanej przy otwarciu ofert kwoty.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Wniosek należało uznać za niezasadny w całości.

Art. 577 ustawy pzp stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 nowego pzp Krajowa Izba Odwoławcza 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.

Podkreślić należy, że wystarczające jest wystąpienie jednej z powyższych przesłanek, z których druga stanowi novum w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, który przewidywał jako podstawę do uchylenia zakazu zawarcia umowy tylko okoliczności opisane aktualnie w ramach przesłanki pierwszej.

Ponieważ możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przez wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem wynikającej z art. 577 nowego pzp zasady, nie może być interpretowany rozszerzająco.

Izba zważyła, że argumentacja podniesiona we wniosku w kontekście przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 pzp jest zbyt ogólna. Stąd, wobec niewystarczających podstaw faktycznych, Izba nie mogła stwierdzić, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego. O ile realizacja tego zamówienia wpisuje się bowiem w zaspokajanie potrzeb społeczności Województwa Dolnośląskiego w zakresie kolejowego transportu zbiorowego, czyli leży w interesie publicznym, o tyle jest to bez znaczenia w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne przedstawione przez Zamawiającego nie pozwalały na ustalenie, że konieczne jest natychmiastowe zawarcie umowy w sprawie tego zamówienia.

Z kolei dla zaistnienia przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 pzp konieczne, a zarazem wystarczające, jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W powyżej ustalonych okolicznościach należy uznać, że Zamawiający również temu nie sprostął, gdyż jego argumentacja w tym zakresie sprowadza się do merytorycznego wdania się w spór, którego rozstrzygnięcie jest niemożliwe bez przeprowadzenia postępowania odwoławczego.

Oczywiście bezzasadne jest również podnoszenie przez Zamawiającego, że ewentualny wybór oferty Konsorcjum Alstal prowadziłby do naruszenia art. 252 ust. 3 ustawy pzp.

Z uwagi na powyższe, Izba – działając na podstawie art. 578 ust. 4 zd. 1 ustawy pzp – postanowiła, jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.