

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 23 kwietnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 kwietnia 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 22 kwietnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego: AMW Sinevia Spółka z o.o., ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki,

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa materiałów elektrycznych według zestawienia w postaci formularza cenowego, rysunków i opisu wraz z rozładunkiem na wskazanym miejscu w ramach zadania 460807 Oświęcim.”, nr postępowania numer SVA/J/4620-3/2020

**postanawia:**

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

**U z a s a d n i e**

Zamawiający: AMW Sinevia Spółka z o.o., ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa materiałów elektrycznych według zestawienia w postaci formularza cenowego, rysunków i opisu wraz z rozładunkiem na wskazanym miejscu w ramach zadania 460807 Oświęcim.”.

W dniu 27 lutego 2020 roku Odwołujący: K. Electric S A. otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Elkond Sp. z o.o., zwanego dalej „Wykonawcą” lub „Elkond”.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 3 marca 2020 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na zaniechanie czynności Zamawiającego polegające na nieodrzczeniu oferty Wykonawcy, które zostało oznaczone sygn. akt KIO 463/20.

Z uwagi na obecnie panującą sytuację epidemiczną na obszarze RP postępowania odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą zostały zawieszono w zakresie rozpoznawania spraw na rozprawie z udziałem stron i uczestników.

W przedmiotowym wniosku Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 30.09.2019 r. została zawarta umowa z 8 Bazą Lotnictwa Transportowego w Krakowie — Balicach (inwestorem) na roboty budowlane dla zadania remontowego nr 460807 - Remont budynku Nr 1 w Kompleksie Wojskowym nr 8705 w Oświęcimiu, gdzie realizacja przedmiotowego zadania została powierzona Spółce AMW SINEVIA Sp. z o.o. Termin realizacji zadania został ustalony na dzień 31.07.2020 r.

W następstwie powyższych zobowiązań w celu wykonania robót elektrycznych w ramach realizacji przedmiotowego zadania, w dniu 28.01.2020r. zostało wszczęte przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów elektrycznych z terminem realizacji do dnia 30.06.2020r.

Zamawiający we wniosku zwrócił uwagę, że powyższy stan zawieszenia postępowania odwoławczego trwa do chwili obecnej i nie sposób aktualnie ocenić, kiedy zostaną wznowione prace Krajowej Izby Odwoławczej w ww. zakresie.

W związku z tym zauważył, że zgodnie z przyjętym harmonogramem dostaw w ramach ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dostawy materiałów elektrycznych miały odbywać się etapowo — do dnia 30.06.2020r., tak ażeby Spółka miała możliwość zrealizowania całości zadania inwestycyjnego dla 8 Bazy Lotnictwa Transportowego w Krakowie — Balicach.

Natomiast, brak przedmiotowych materiałów wstrzymuje nie tylko wykonanie robót elektrycznych, ale również zaplanowanych dalszych etapów realizacji inwestycji, w tym robót

budowlanych wykończeniowych wewnątrz budynku, co oznacza, że zakończenie w terminie całości inwestycji przez Spółkę nie będzie możliwe, co będzie skutkowało naliczeniem kar umownych dla Spółki przez inwestora za nieterminową realizację umowy.

Zamawiający wskazał przy tym, że pomimo aktualnej sytuacji w kraju związanej z rozprzestrzenianiem się choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2, pozostałe roboty budowlane i sanitarne w ramach ww. inwestycji nadal są realizowane.

Jednocześnie zaznaczył, że przedmiotowa inwestycja dotyczy remontu budynku nr 1 w Kompleksie Wojskowym nr 8705 w Oświęcimiu, którego użytkownikiem będzie 11 Małopolska Brygada Obrony Terytorialnej, a budynek ten przeznaczony będzie na cele administracyjne. Zadanie zostało ujęte przez Inwestora w planie remontów nieruchomości realizowanych przez jednostki podległe Szefowi Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych na rok 2019 z terminem realizacji do 31.07.2020r.

Zamawiający podniósł, że Wojska Obrony Terytorialnej, to jeden z pięciu rodzajów Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, które zostały utworzone w celu obrony i wsparcia lokalnych społeczności m.in. przeciwdziałania skutkom klęsk żywiołowych i zwalczania ich oraz prowadzenia działań ratowniczych w sytuacjach kryzysowych.

Nadto, Zamawiający przekonywał, że prawidłowe funkcjonowanie Sił Zbrojnych zależy m.in od odpowiedniej bazy wojskowej oraz odpowiedniego zaplecza administracyjno – biurowego, bowiem budynki administracyjne (w tym budynek którego dotyczy inwestycja) przeznaczone są dla osób, które m.in. zarządzają daną jednostką i realizują wyznaczone zadania mające na celu zapewnienie sprawnego funkcjonowania państwa oraz ochrony i zapewnienia potrzeb bytowych społeczności, a w obecnej sytuacji przede wszystkim chronią zdrowie i życie ludzkie.

Dalej, motywował, że Wojska Obrony Terytorialnej stanowiące element bezpieczeństwa militarnego, w obecnej sytuacji związanej z rozprzestrzenianiem się choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2, mają istotne znaczenie dla bezpieczeństwa państwa, bowiem Wojska te realizują obecnie przedsięwzięcia z zakresu zarządzania kryzysowego i prowadzą działania informacyjne oraz wspomagające pozostałe służby realizujące zadania wynikające z określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii.

Z powyższych względów - zdaniem Zamawiającego - tak istotna staje się terminowa realizacji ww. inwestycji. Nie jest ona jednak możliwa na skutek trwającego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ocenie Odwoływającego - brak umowy na dostawy materiałów elektrycznych spowoduje, że budynek przeznaczony dla Wojsk Obrony Terytorialnej nie zostanie oddany do użytkowania w wyznaczonym terminie, co w obecnie panującej sytuacji w kraju i pomoc jaką niosą żołnierze WOT jest dla Zamawiającego trudne do zaakceptowania.

Dodatkowo podniósł, że nie miał możliwości przewidzieć stanu epidemii na terenie całego kraju, którego skutkiem są ograniczenia w działalności wielu instytucji publicznych.

Argumentował, że pomimo właściwego i należytego zorganizowania postępowania z odpowiednim wyprzedzeniem pozwalającym na zakończenie wszystkich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w terminie umożliwiającym wywiązanie się przez Spółkę z obowiązków nałożonych przez inwestora, nie można było przewidzieć wystąpienia stanu epidemii.

**Biorąc pod uwagę okoliczności przedstawione we wniosku, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności wymaga wskazania, że zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, zwanej dalej ustawą Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”.

Jednocześnie przepis art. 183 ust. 2 Pzp stanowi, że Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 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.

Izba reprezentuje pogląd, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się

dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, który nie może być wykładany w sposób rozszerzający.

Podstawę faktyczną do zastosowania dyspozycji przepisu art.183 ust. 2 ustawy Pzp może stanowić wyłącznie nadzwyczajna sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności.

W ocenie Izby – na Zamawiającym spoczywa ciężar enumeratywnego wykazania przesłanek z przepisu art.183 ust.2 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowego wniosku, Izba doszła do przekonania, że zgłoszone w nim żądanie jest nadmierne, a wskazane przez zamawiającego okoliczności nie uzasadniają uchylenia zakazu zawarcia umowy na zasadzie art. 183 ust. 2 Pzp.

Opisany przez Zamawiającego stan rzeczy – według zapatrywania Izby - nie ogranicza uprawnień stron do zmiany terminu realizacji inwestycji w zależności od okoliczności.

Wydaje się, że każda tego typu inwestycja powinna być zabezpieczona klauzulami w rodzaju Vis Major, Force Majeure, Act of God, Höhere Gewalt na wypadek wystąpienia zdarzenia nadzwyczajnego, na które Zamawiający nie miał i nie ma żadnego wpływu.

W takim przypadku negatywne skutki niezawarcia umowy dla interesu publicznego mogłyby sprowadzać się w istocie do wymiaru ekonomicznego, który powinien zostać zniwelowany poprzez odpowiednie zastosowanie klauzul zabezpieczających, a wobec tego możliwość poniesienia szkody przez Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu z powodu opóźnienia nie powinna wystąpić.

Dodatkowo, w przekonaniu Izby argumentacja Zamawiającego nie jest konsekwentna i spójna.

W swoim wniosku Zamawiający oświadczył, że Wojska Obrony Terytorialnej stanowią element bezpieczeństwa militarnego, w obecnej sytuacji związanej z rozprzestrzenianiem się choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2.

Zdaniem Izby – taki rodzaj bezpieczeństwa militarnego może odnosić się jedynie do relacji pomiędzy państwami w okresie poprzedzającym działania wojenne lub w czasie wojny, lecz nie ma żadnego związku ze zwalczaniem stanu epidemii, które to działanie jest przede wszystkim zastrzeżone dla służby zdrowia, w pewnym zaś stopniu realizowane jest przez Policję Państwową, a jedynie pomocniczo może się ono odnosić do służb wojskowych.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że Zamawiający zadeklarował wykonanie inwestycji remontowej wprawdzie na obiekcie wojskowym, lecz o charakterze biurowym, co oznacza - w ocenie Izby - mniej istotne zaangażowanie tego przedsięwzięcia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w porównaniu przykładowo do obiektu wojskowego, który byłoby przeznaczony jako wojskowy szpital jednoimienny czy miejsce strzeżonej zbiorowej kwarantanny, a w takim przypadku Izba byłaby zobowiązana do rozważenia możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego, a w szczególności w aspekcie zagrożenia bezpieczeństwa zdrowotnego obywateli RP.

Nadto, budzi wątpliwości Izby czy brak przedmiotowego budynku biurowego ma jakikolwiek wpływ na wykonywanie zadań WOT, w warunkach, gdy skoszarowanie tej jednostki może wiązać się dodatkowo z zagrożeniem epidemiologicznym.

Natomiast, w opinii Izby – potencjalna możliwość opóźnienia w realizacji inwestycji remontowej w budynku z przeznaczeniem na cele biurowe nie zasługuje na ochronę prawną w warunkach możliwości naruszenia interesu wykonawcy, który w obecnej sytuacji epidemiologicznej może być pozbawiony środka ochrony prawnej oraz może być on i jego pracownicy narażeni na uszczerbek wynikający z hipotetycznej sytuacji naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji utraty zamówienia.

W związku z tym, Izba stanęła na stanowisku, iż Zamawiający nie wykazał, że negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższałyby korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów.

Institucja uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, może być stosowana jedynie w okolicznościach szczególnych oraz gdy spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, nie budzi żadnych wątpliwości.

Wymaga ponownie podkreślenia, że Zamawiający składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy ma obowiązek wykazać istnienie dominacji możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego w porównaniu do korzyści związanych z

koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, iż brak możliwości podpisania umowy z wykonawcą wyłonionym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spowoduje 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 postępowaniu, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Jednocześnie należy wskazać, że na etapie rozpatrywania wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu, Izba nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności, w tym również nie rozpatruje zawartych w nim zarzutów, a jedynie ocenia przesłanki określone w przepisie art.183 ust.2 ustawy Pzp, w tym wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wykonawcy składającego środek ochrony prawnej).

Z tego względu, na ocenę w przedmiocie zasadności złożonego przez Zamawiającego wniosku, nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu jego twierdzenia o bezzasadności zarzutów odwołania.

Z uwagi na powyższe, Izba, na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:.....**