

POSTANOWIENIE
z dnia 28 kwietnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **28 kwietnia 2020 r.** w Warszawie wniosku z **23 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 sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Wykonanie robót branży budowlanej elementów budowlanych pola tarczowego w ramach przebudowy pasa ćwiczeń taktycznych Joanna na terenie poligonu w m. Dobre n/Kwisą; zadanie nr 24239* (nr postępowania SVA/K/4620-45/2019)

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Uzasadnienie

Zamawiający {dalej również: „Spółka”} umotywował swój w wniosek powołując się na następujące okoliczności prawne i faktyczne.

Zamawiający podał, że 02.08.2019 r. zawarł umowę z Rejonowym Zarządem Infrastruktury w Zielonej Górze (inwestorem) – jednostką organizacyjną Ministerstwa Obrony Narodowej na roboty budowlane związane z przebudową pasa ćwiczeń taktycznych pn. Joanna wraz z budową infrastruktury zewnętrznej oraz elementami pola tarczowego, przy czym termin zakończenia robót został ustalony na 31.10.2023 r.

W celu wykonania robót budowlanych dotyczących pola tarczowego w ramach powyższego zadania Zamawiający 30.12.2019 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, określając termin wykonania tych robót do 30.06.2022 r.

03.04.2020 r. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez konsorcjum w składzie: Budled sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (lider), Metrotech sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „PA-KO” K.J., W..

Na powyższą czynność odwołanie wniosło konsorcjum w składzie: NODO sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie (lider) oraz WOMASZ M. W. Projektowanie, Budowa i Wyposażenie Strzelnic, Karpicko. Jednak w związku z ogłoszeniem stanu epidemii na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, wprowadzonym na skutek rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2, zawieszono rozpoznawanie spraw przed Krajową Izbą Odwoławczą. Stan ten trwa do chwili obecnej i nie sposób aktualnie ocenić, kiedy zostaną wznowione prace Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie natomiast z przyjętym harmonogramem robót w ramach ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego roboty budowlane miały być wykonywane od lipca 2020 r., tak aby Spółka miała możliwość zrealizowania całości zadania inwestycyjnego dla inwestora w terminie wynikającym z powyżej wskazanej umowy.

Zamawiający wskazał, że brak wykonywania przedmiotowych robót wstrzymuje nie tylko wykonanie robót branży budowlanej, ale również zaplanowanych robót elektrycznych i teletechnicznych, a co za tym idzie dalszych etapów realizacji inwestycji. Spółka posiada już podpisane umowy na wykonanie robót branży sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej z innymi podwykonawcami, których realizacja w założonych terminach jest jednak uzależniona od podpisania umowy w ramach tego postępowania. Część tych robót w postaci dostaw materiałów została już zrealizowana. Niepodpisanie umowy na tym etapie będzie skutkowało w opóźnieniu robót ww. branż, a także negatywnymi skutkami, jakie niosą zakupy materiałów bez możliwości ich wbudowania, m.in. poniesienie kosztów przedłużenia gwarancji, dodatkowych kosztów związanych z późniejszą instalacją i uruchomieniem. Elementy te są urządzeniami specjalnie produkowanymi pod dany projekt (zadanie) i muszą być zamawiane z odpowiednim wyprzedzeniem, ponadto nie ma możliwości wbudowania ich na innym obiekcie. Wystąpienie ww. nieprzewidzianych zdarzeń będzie prowadziło do konieczności wydłużenia terminu wykonawcom wszystkich wymienionych branż.

Zamawiający podsumował, że dopiero zawarcie umowy w sprawie tego zamówienia publicznego otworzy pełny front robót różnych branż i pozwoli na realizację inwestycji w sposób zgodny z odpowiednią technologią wykonania robót. Natomiast niepodpisanie umowy w krótkim czasie z wybranym wykonawcą oznacza, że zakończenie w terminie całości inwestycji przez Spółkę nie będzie możliwe, co będzie również skutkowało naliczeniem kar umownych dla Spółki przez inwestora za nieterminową realizację umowy.

Zamawiający podał, że zgodnie z zawartą umową kara za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy wynosi 8.611,98 zł za jeden dzień.

Zamawiający zaznaczył również, że przewidziane roboty mają być przeprowadzone na specyficznym terenie, jakim jest użytkowany wojskowy plac ćwiczeń taktycznych, oraz obejmują znaczny zakres ilościowy.

Zamawiający stwierdził, że pomimo różnicy w terminie zakończenia całego zadania w porównaniu z terminem zakończenia robót objętych tym postępowaniem, w przypadku niepodpisania umowy z wybranym wykonawcą zachodzi realne zagrożenie realizacji całości zadania. Roboty prowadzone będą bowiem na użytkowanym terenie wojskowym, co wiąże się z sytuacjami czasowo uniemożliwiającymi prowadzenie robót, mogą to być m.in. napotkane niewybuchy podczas prowadzenia robót ziemnych czy też ćwiczenia wojsk RP i wojsk sojuszniczych, które ze względów bezpieczeństwa uniemożliwiają wejście na teren budowy.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że przedmiotowa inwestycja dotycząca m.in. robót budowlanych elementów pola tarczowego ma znaczący wpływ na działalność jego użytkownika – Ośrodka Szkolenia Poligonowego Wojsk Lądowych w Żaganiu, którego głównym zadaniem jest realizowanie procesu zabezpieczenia szkolenia zgodnie z potrzebami rozwoju zdolności operacyjnych Sił Zbrojnych RP, z uwzględnieniem wymagań, wniosków oraz doświadczeń wynikających z realizacji zadań w układzie narodowym, międzynarodowym i sojuszniczym oraz na potrzeby tworzonych Wojsk Obrony Terytorialnej. Prawidłowe funkcjonowanie Sił Zbrojnych zależy bowiem m.in. od odpowiedniej bazy wojskowej i przygotowanego zaplecza umożliwiającego doskonalenie swoich umiejętności. Ministerstwo Obrony Narodowej w celu prawidłowego funkcjonowania wojsk ustala plany wieloletnie, obejmujące swoim zakresem m.in. możliwość przeprowadzania ćwiczeń na danych obiektach wojskowych.

Wobec powyższego AMW SINEVIA sp. z o.o. nie może sobie pozwolić na opóźnienia w wykonaniu tak ważnych strategicznie dla bezpieczeństwa obiektów.

W istocie wniesienie odwołania oraz wiążące się z tym faktem opóźnienia w realizacji wspomnianej inwestycji mogą spowodować:

- niewywiązanie się RP z postanowień zawartych w „Umowie między rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki a rządem Rzeczypospolitej Polskiej o statusie sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych Ameryki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej” (zwanej „umową SOFA”) z 11 grudnia 2009 r. i innych umów wojskowych, z których wynika potrzeba zabezpieczenia szkolenia wojsk amerykańskich na terytorium Polski w czasie ich pobytu zgodnie z ich procedurami, gdyż pas ćwiczeń taktycznych Joanna jest obiektem koniecznym dla potrzeb realizacji szkolenia wojsk amerykańskich;

- przedłużenie prac związanych z przedmiotową inwestycją spowoduje wykluczenie z eksploatacji na dłuższy czas nie tylko pasa ćwiczeń taktycznych Joanna, lecz również ograniczy możliwości wykorzystania sąsiednich obiektów szkoleniowych ze względów bezpieczeństwa i współzależności;
- zakłócenie w realizacji zawartego „Porozumienie Ministra Obrony Narodowej i Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych w sprawie warunków użytkowania lasów na potrzeby związane z obronnością i bezpieczeństwem Państwa” z 25.09.2019 r. i spowodować dodatkowe koszty związane z realizacją prac na terenach leśnych.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że nie ma żadnej innej możliwości ochrony przed negatywnymi skutkami dla interesu publicznego (w szczególności z powodu zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa) niż niezwłoczne zawarcie umowy.

Dodatkowo Zamawiający zauważył, że nie miał możliwości przewidzenia wstrzymania działalności instytucji publicznych (w tym Krajowej Izby Odwoławczej). Pomimo właściwego i należytego zorganizowania postępowania z odpowiednim wyprzedzeniem, pozwalającym na zakończenie wszystkich czynności w terminie umożliwiającym wywiązanie się z obowiązków nałożonych przez inwestora, nie można było przewidzieć wystąpienia stanu epidemii.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołanie od wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 kwietnia 2020 r.

Jak podał sam Zamawiający, zgodnie z przyjętym harmonogramem robót dla tego zamówienia publicznego roboty budowlane miały być wykonywane od lipca 2020 r.

Skoro termin rozpoczęcia robót budowlanych dotyczących pola tarczowego (z terminem zakończenia określonym na 30 czerwca 2022 r.), które są niezbędne dla wywiązania się przez Zamawiającego z zawartej umowy na przebudowę pasa ćwiczeń taktycznych pn. Joanna wraz z budową infrastruktury zewnętrznej oraz elementami pola tarczowego (z terminem zakończenia określonym na 31 października 2023 r.), jeszcze nie nadszedł, aktualnie nie ma zagrożenia dla terminowej realizacji całości tego zadania inwestycyjnego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Wniosek należało uznać za bezzasadny, gdyż jest przedwczesny.

Art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy pzp stanowi, że 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.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że w świetle przywołanego *de lege lata* przepisu Izba nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu. W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylecia zakazu zawarcia umowy miałoby charakter przedsądu, *sui generis* wstępnego rozstrzygnięcia odwołania.

Izba bada wnioski zamawiającego wyłącznie pod kątem przesłanek uchylecia zakazu zawarcia umowy wynikających z art. 183 ust. 2 pzp, czyli ocenia, po pierwsze, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego oraz, w razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, czy te negatywne skutki przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Skoro z okoliczności podanych przez samego Zamawiającego *de facto* wynika, że aktualnie nie ma zagrożenia dla interesu publicznego w zakresie obronności związanych z przebudową pasa ćwiczeń taktycznych pn. Joanna, która jak dotychczas przebiega zgodnie z harmonogramem, zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia dotyczącego robót dotyczących pola tarczowego nie mógł zostać uchylony.

Tym niemniej dodać należy, że zgodnie z regulacjami Ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 568 ze zm.) przed Krajową Izbą Odwoławczą nie odbywają się rozprawy ani posiedzenia jawne z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Ponieważ zawieszenie rozpoznawania spraw przez Krajową Izbę Odwoławczą (vide również: komunikaty Prezesa Izby z 13 oraz 27 marca 2020 r. zamieszczone na podstronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych prowadzonej dla Krajowej Izby Odwoławczej) jest bezterminowe, jeżeli jego przedłużenie rzeczywiście zacznie zagrażać możliwości terminowej realizacji tego zamówienia i całości inwestycji, Zamawiający jest uprawniony do złożenia kolejnego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe Izba stosownie do art. 183 ust. 2 ustawy pzp postanowiła, jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 183 ust. 4 ustawy uzp.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.