

POSTANOWIENIE
z dnia 24 września 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 września 2018 roku w Warszawie wniosku z dnia 18 września 2018 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Zamawiającego Jednostkę Wojskową 4620 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: *Remont budynku nr 60, przy ul. Podgórska 16 w Toruniu*

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: *Remont budynku nr 60, przy ul. Podgórska 16 w Toruniu.*

UZASADNIENIE

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 4620 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Remont budynku nr 60, przy ul. Podgórska 16 w Toruniu”*.

W dniu 18 września 2018 roku (prezentata na piśmie) pismem z dnia 18 września 2018 roku Zamawiający złożył w trybie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami, dalej: „ustawa”) wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o *uchylenie zakazu zawarcia umowy, gdyż nie zawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z konieczności ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.* Zamawiający w uzasadnieniu

złożonego wniosku wskazał między innymi, że dokonał w dniu 7 września 2018 roku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ww. postępowaniu oraz odrzucił ofertę wykonawcy Lukmir Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu. Wskazał Zamawiający w uzasadnieniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty ww. wykonawcy podał enumeratywnie *niezgodności oferty (inne omyłki)* z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), które to również w złożonym wniosku wymienił w dziewięciu punktach. Zamawiający wskazał również, że przyjął kosztorysową formę rozliczenia przekazując również wykonawcom kosztorys nakładczy zawierający wszystkie niezbędne pozycje do wyceny i wykonania zamówienia zgodnie ze sztuką budowlaną, a tym samym zgodnie z SIWZ. Zamawiający wskazał, że osiem z dziewięciu podanych pozycji kosztorysowych – tj. z wyjątkiem pozycji 20 – kosztorysu podlegało wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy i ewentualnemu poprawieniu w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy oraz nie dokonał poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, gdyż oferta wykonawcy Lukmir Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu podlegała odrzuceniu. Zamawiający podał, że zastosowana przez niego zasada została jasno wyrażona w art. 26 ust. 3 ustawy, gdzie ustawodawca nakazuje wezwanie do złożenia wyjaśnień jedynie w sytuacji, gdy oferta nie podlega odrzuceniu i tą zasadę przez analogię Zamawiający zastosował w tym przypadku. Zamawiający wskazał, że w odniesieniu do pozycji 20 kosztorysu błąd jest błędem istotnym, którego nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ Zamawiający nie może samodzielnie wycenić brakującej pozycji kosztorysowej, w tym przypadku niezbędne byłoby uzupełnienie treści oferty – po upływie terminu składania ofert – przez wskazanie ceny jednostkowej, a to oznaczałoby niedozwolone negocjacje z wykonawcą oraz naruszyło zasady z art. 7 ustawy. Zamawiający wskazał, że w dniu 12 września 2018 roku wpłynęło do niego odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę Lukmir Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu.

Zamawiający w uzasadnieniu wniosku podał również, że zadanie remontowe – stanowiące przedmiot postępowania – z paragrafu 427 002 realizowane jest na potrzeby Wojsk Obrony Terytorialnej, a środki finansowe w wysokości 1 650 000 zł zabezpieczone są na ww. paragrafie zgodnie z ostatnią zatwierdzoną przez Szefa Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy z dnia 7 czerwca 2018 roku I Korektą Planu Remontu Nieruchomości. Zamawiający podał, że wszystkie realizowane zadania z ww. paragrafu są celowe i realizowane są na rzecz Wojsk Obrony Terytorialnej, limit finansowy określony został

na 2018 rok, a zadanie zgodnie z obowiązującymi regulacjami w resorcie obrony narodowej musi zakończyć się do 30 listopada 2018 roku. Zamawiający wskazał, że budynek objęty przedmiotem zamówienia został przeznaczony dla pojazdów jakie zostały zakupione na rzecz Wojsk Obrony Terytorialnej w latach 2017-2018; sprzęt ten jest nowy, objęty gwarancją i musi być garażowany (między innymi kłady, motocykle, łodzie rozpoznawcze). Podał Zamawiający również, że każde wydłużenie terminu przewidziane na podpisanie umowy skutkuje skróceniem czasu przewidzianego na realizację zamówienia (termin realizacji stanowił kryterium oceny ofert), a tym samym realne może być zagrożenie uchylenia się od podpisania umowy, a tym samym brakiem podpisania umowy. Zamawiający wskazał również, że w Garnizonie Toruń nie ma możliwości przeznaczyć na potrzeby Wojsk Obrony Terytorialnej innych pomieszczeń garażowych niż budynek nr 60, bowiem inne budynki zajmuje sprzęt innych jednostek stacjonujących w tym Garnizonie. Zamawiający podał również, że środki finansowe niewykorzystane w 2018 roku podlegają zwrotowi do Skarbu Państwa i nie są ponawiane w kolejnym roku budżetowym, a limit przyznany na 2019 rok dla Wojsk Obrony Terytorialnej nie pozwoli zrealizować tego zadania.

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 uwzględnia 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, a jedynie przedstawił stan faktyczny w sprawie jaki jest podłożem złożonego wniosku (takie jak w szczególności informacje o czynnościach podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, sposób i źródło finansowania inwestycji, bardzo ogólne informacje o infrastrukturze garażowej w Garnizonie Toruń). Zamawiający, wskazując w jednym zdaniu na konieczność wykonania prac w bieżącym roku nie wskazał żadnego przewidywanego harmonogramu prac dla tej inwestycji, a któryby wykazywał, uprawdopodobniał prawdopodobieństwo niewykonania inwestycji. Nie wyjaśnił Zamawiający okoliczności związanych z terminem realizacji zamówienia, który wykazywałby faktyczne zagrożenie dla realności realizacji inwestycji podjętych w ramach realizacji zamówienia poprzestając na wskazaniu, że środki finansowe niewykorzystane w 2018 roku podlegają zwrotowi do Skarbu Państwa i nie są ponawiane w kolejnym roku budżetowym, a limit przyznany na 2019 rok dla Wojsk Obrony Terytorialnej nie pozwoli zrealizować tego zadania. Zamawiający nie wykazał również w jaki sposób i jak mogłoby dojść do skrócenia realizacji zamówienia, nie podał żadnych faktycznych dat ani okoliczności, co również skutkuje niewykazaniem realności zagrożenia w postaci niepodpisania umowy. Podkreślenia wymaga, że stanowisko Zamawiającego zawarte we wniosku odwołuje się do tego, że budynek nr 60 objęty przedmiotem zamówienia, który co Izba podkreśla ma być dopiero remontowany, ma być przeznaczony do garażowania pojazdów jakie zostały zakupione w latach 2017 – 2018. Jednocześnie Zamawiający pomija w zupełności okoliczności co do tego, czy pojazdy te są w posiadaniu Zamawiającego, czy mają dopiero zostać dostarczone Zamawiającemu oraz pomija okoliczność dotychczasowego sposobu garażowania tych pojazdów, bowiem należy zwrócić uwagę, że wniosek Zamawiającego został złożony pod koniec trzeciego kwartału 2018 roku. Zamawiający podał, że sprzęt musi być garażowany ale w żaden sposób nie wykazał dlaczego tak musi być, nie odwołał się do żadnych obowiązków czy też regulacji, które zobowiązywałby go do takich działań. Wskazania, że w Garnizonie Toruń są inne formacje wojskowe, które posiadają bardzo dużo sprzętu, który jest garażowany, co powoduje, że nie ma możliwości wykorzystania innej infrastruktury garażowej dla sprzętu Wojsk Obrony Terytorialnej niż budynek nr 60 nie odnosił się chociażby do podstawowej informacji, a dotyczącej ilości posiadanego przez Wojska Obrony Terytorialnej sprzętu oraz wielkości budynku nr 60, jak również informacji dotyczących posiadanych w ramach Garnizonu Toruń obiektów garażowych i ich wypełnienia – we wniosku bowiem jest jedynie mowa o dużej ilości posiadanego sprzętu, a nie braku

przestrzeni garażowej. Brak również jest informacji odnoszących się do tego, że niemożliwym jest ewentualne umieszczenie sprzętu Wojsk Obrony Terytorialnej w innych, różnych pomieszczeniach garażowych innych formacji wojskowych – samo odwołanie się we wniosku do tego, że inne formacje wojskowe, które wcześniej funkcjonowały w ramach Garnizonu Toruń, posiadają pomieszczenia garażowe i dużą ilość sprzętu nie wyjaśnia czy w obiektach tych nie może być przechowywany sprzęt Wojsk Obrony Terytorialnej. Brak również jest informacji we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, że takie rozlokowanie sprzętu jest niemożliwe czy to z przyczyn prawnych czy też organizacyjnych.

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 czynności czy zaniechań Zamawiającego podejmowanych w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynności i zaniechania Zamawiającego realizowane w ramach procedury zamówieniowej 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.

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 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, 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: