

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 14 listopada 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Monika Szymanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 listopada 2018 r. w Warszawie wniosku z dnia 8 listopada 2018 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie w imieniu którego działa PGW WP Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa wałów przeciwpowodziowych kanału Kucelinka o długości 13,68 km na terenie miasta Częstochowy, woj. Śląskie. Etap 1 - odcinek wału P-I dł. 95 m, km 0+000 +0+095 oraz odcinek wału L-I dł. 253 m, km 0+000 +0+253”

**postanawia:**

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

## **Uzasadnienie**

Pismem z dnia 8 listopada 2018 r., doręczonym Izbie w dniu 9 listopada 2018 r. zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie, w imieniu którego działa PGW WP Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu, wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zainicjowanego odwołaniem wniesionym w dniu 31 października 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum RPM S.A. w Lublińcu i RPM Hydrotechnika Sp. z o.o. w Lublińcu.

Postępowanie odwoławcze dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa wałów przeciwpowodziowych kanału Kucelinka o długości 13,68 km na terenie miasta Częstochowy, woj. Śląskie. Etap 1 - odcinek wału P-I dł. 95 m, km 0+000 +0+095 oraz odcinek wału L-I dł. 253 m, km 0+000 +0+253”. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 września 2018 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) zwanej dalej jako „p.z.p.”

W pierwszej części uzasadnienia wniosku zamawiający odniósł się do obecnego stanu faktycznego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz krótko przybliżył okoliczności i uregulowania prawne dotyczące przedmiotu zamówienia, będącego elementem zabezpieczenia przeciwpowodziowego miasta Częstochowy.

Opisano okoliczności utworzenia w dniu 1 stycznia 2018 r. Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie i jego zadania, w szczególności dotyczące ochrony przed powodzią, co jest w ocenie zamawiającego istotnym elementem zapewnienia bezpieczeństwa publicznego. Zaznaczono również, że w roku 2010 r. w rejonie ujścia Kanału Kucelinka do rzeki Warty miała miejsce powódź.

Następnie zamawiający podkreślił, że „Za niezwłocznym rozpoczęciem tej inwestycji przemawia już opracowana dokumentacja projektowa, ważna decyzja Wojewody Śląskiego wydana na podstawie ustawy z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych (z rygorem natychmiastowej wykonalności) oraz liczne interpelacje i wnioski lokalnej społeczności w zakresie rozpoczęcia tej inwestycji. Dlatego też konieczność pilnej realizacji tego zadania stanowi nadrzędny interes publiczny, w aspekcie istniejącego zagrożenia powodziowego

oraz działań zbieżnych z Planem zarządzania ryzykiem powodziowym dla obszaru dorzecza Odry.”

Dalej zamawiający argumentował, iż brak podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego w ciągu najbliższych kilku dni spowoduje, głównie ze względu na ograniczenia wynikające z technologii prowadzenia robót (w związku ze zbliżającym się okresem zimowym), brak możliwości jego wykonania przed nadejściem zimy i tym samym, znacznie odsunie w czasie uzyskanie właściwego stanu technicznego planowanych do przebudowy odcinków wałów przeciwpowodziowych. Konsekwencją takiego stanu rzeczy może być, np. w okresie wiosennych roztopów, wystąpienie zagrożenia powodziowego na terenie przewidzianym do ochrony tymi wałami i tym samym wystąpienie bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia i życia ludności, a także bezpieczeństwa mienia ludności.

Zamawiający podkreślił również, iż oferta wykonawców, którzy złożyli odwołanie przekracza kwotę, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, o kwotę w wysokości 839 957,53 zł oraz, że zamawiający nie posiada środków finansowych na zwiększenie tejże kwoty. Zatem w sytuacji uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą nastąpi konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Tym samym, w ocenie zamawiającego, brak jest prawdopodobieństwa doznania przez odwołującego, uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ nawet w przypadku uwzględnienia odwołania nie uzyska on przedmiotowego zamówienia ze względu na zbyt wysoką cenę oferty, która przekracza możliwości finansowe zamawiającego.

Izba stwierdziła, że do wniosku nie dołączono żadnych dowodów, a w szczególności nie dołączono decyzji administracyjnej na którą powoływał się zamawiający.

**W oparciu o treść złożonego przez zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 183 ust. 1 p.z.p. „W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze”, zaś art. 183 ust. 2 p.z.p. stanowi, iż „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”.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się nie wcześniej niż po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, wobec czego zamawiający powinien wykazać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania.

Uzasadniając swój wniosek zamawiający poświęcił wiele uwagi na opisanie swojego statusu oraz funkcji, jaką pełni zabezpieczenie przeciwpowodziowe. Zamawiający powołał się na niezwłoczną konieczność rozpoczęcia robót budowlanych, z powodu zbliżającego się okresu zimowego, a także wskazał na decyzję administracyjną, która posiada rygor natychmiastowej wykonalności.

W odniesieniu do argumentu dotyczącego statusu podmiotowego zamawiającego, Izba wskazuje, że nie jest argumentem przemawiającym *per se* za koniecznością uchylenia zakazu zawarcia umowy okoliczność, iż zamawiający zobowiązany jest do wykonywania obowiązków związanych z ochroną przed powodzią. Jednostki zamawiające stanowią bowiem szczególną grupę podmiotów, z których każdy wykonuje swoje zadania w ramach aparatu państwa *sensu largo*, niejednokrotnie mające na celu zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, w tym ochronę ludzi i mienia (np. policja, straż graniczna, straż pożarna).

Następnie Izba wskazuje, że twierdzenia zamawiającego co do potrzeby natychmiastowego zawarcia umowy pozostały gołosłowne. Bierność zamawiającego w tym zakresie, przejawiająca się całkowitym brakiem wskazania na obecny stan wału przeciwpowodziowego, w tym wyłącznie powołanie się na fakt istnienia decyzji administracyjnej w przedmiocie zezwolenia na realizację inwestycji (której zamawiający nie dołączył do wniosku), powoduje, że argumentacja ta pozostała w sferze pustych i oderwanych od przedmiotu wniosku deklaracji zamawiającego.

W ocenie Izby istotnym jest, że zamawiający nie wskazał co legło u podstaw nadania ww. zezwoleniu rygoru natychmiastowej wykonalności. Zamawiający nie wskazał również w jakiej dacie decyzja ta została wydana, jak też nie uszczegółowiono zakresu wniosku, który zapoczątkował postępowanie administracyjne.

Mając na uwadze, że istnieje co najmniej kilka podstaw do nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, fakt, że zezwolenie na realizację inwestycji nie zostało przedłożone Izbie przemawia na niekorzyść zamawiającego.

Okoliczności wskazane przez zamawiającego we wniosku oscylują wokół istniejącego zagrożenia powodziowego, jednakże nie wykazano ani nawet nie wskazano, aby obecny stan wału wymagał pilnej modernizacji, w tym aby konieczne było zawarcie umowy w ciągu kilku najbliższych dni, jak podnosił zamawiający. Wręcz przeciwnie - zachowanie zamawiającego świadczy o tym, iż taka nagła potrzeba nie występuje, albowiem zamawiający nie skorzystał z żadnego ustawowo przewidzianego instrumentu dla przyśpieszenia realizacji zamówienia.

Notoryjny fakt, że określone pory roku utrudniają realizację niektórych typów robót nie jest okolicznością nagłą czy niespodziewaną. Ograniczenia wynikające z warunków atmosferycznych, a także związane z nimi ryzyka powinny być uwzględniane - w ramach minimalnej staranności - przy planowaniu zamówień publicznych w danym roku budżetowym. Zamawiający nie może zatem powoływać się z korzyścią dla siebie na fakt, że dopiero w chwili obecnej pojawiło się ryzyko, że nadejście zimy może opóźnić pracę.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego w dniu 21 września 2018 r., z terminem na składanie ofert przypadającym na 9 października 2018 r. Zaś średni czas trwania postępowania o wartości nieprzekraczającej progów unijnych, zgodnie z danymi ze sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu zamówień publicznych w 2017 r. wynosi 38 dni, przy czym dla postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, których przedmiotem są roboty budowlane średni czas trwania wynosi 43 dni.

Zamawiający zatem usiłuje wykorzystać wyjątkową instytucję uchylenia zakazu zawarcia umowy nie dla celu dla jakiego została ona przewidziana w ustawie, a w celu usunięcia skutków własnego niedbalstwa, co nie może spotkać się z aprobatą Izby.

Dalej Izba wskazuje, że fakt opracowania dokumentacji projektowej, która jest wymagana dla inwestycji tego typu również nie jest żadną szczególną okolicznością.

Wobec powyższego, w szczególności z powodu całkowitego pominięcia we wniosku okoliczności dotyczących obecnego stanu technicznego wału przeciwpowodziowego, w ocenie Izby zamawiający nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, że ziszczyły się przesłanki, o których mowa w art. 183 ust. 2 p.z.p.

W ocenie Izby zatem ogólne stwierdzenia dotyczące niesprecyzowanego aspektu interesu publicznego podnoszone przez zamawiającego pozostały gołosłowne, a jako takie uniemożliwiły pozytywnego rozpatrzenia wniosku zamawiającego w niniejszej sprawie.

Zaznaczyć również należy, że na etapie rozpatrywania wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Krajowa Izba Odwoławcza nie bada ani skuteczności

wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Izba nie rozpatruje też zawartych w odwołaniu zarzutów, a jedynie ocenia wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wykonawcy składającego środki ochrony prawnej). Zatem, na ocenę w przedmiocie zasadności wniosku złożonego przez zamawiającego, nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu twierdzenia zamawiającego o bezzasadności zarzutów odwołania czy okoliczności, że cena oferty odwołującego przewyższa budżet zamawiającego.

Stosownie do art. 183 ust. 4 p.z.p. na niniejsze postanowienie skarga nie przysługuje.

**Przewodniczący:**

.....