

Sygn. akt: KIO/W 27/21

## POSTANOWIENIE

z dnia 19 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 19 marca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 16 marca 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – Powiat Bieszczadzki, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Kompleksowa realizacja inwestycji w formule – zaprojektuj-wybuduj-wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dolnych,*

**postanawia:**

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

## Uzasadnienie

W dniu 16 marca 2021 r. Starosta Bieszczadzki złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podał, że wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia 23 listopada 2020 r., czyli niezwłocznie po uzyskaniu informacji o zaistnieniu interesu publicznego, którym jest „Kompleksowa realizacja inwestycji w formule - zaprojektuj-wybuduj-wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dolnych”.

Zamawiający wskazał, że ważny interes publiczny wyraża się następująco:

1. Budowa nowego pawilonu szpitalnego jest jednym z elementów szerszego programu restrukturyzacji i modernizacji szpitala, która pozwoli na utrzymanie miejsc pracy (ok. 200

osób) oraz zapewnienie bezpieczeństwa mieszkańców powiatu oraz turystów przybywających w Bieszczady (ok. 1 mln osób rocznie). Powstanie oraz budowa nowego pawilonu jest jedynym rozwiązaniem, które pozwoli na zachowanie funkcjonowania jedynego szpitala na terenie powiatu, Na podstawie ustawy o samorządzie powiatowym zadaniami powiatów są m.in.: zadania w zakresie promocji i ochrony zdrowia oraz przeciwdziałania bezrobociu oraz aktywizacji lokalnego rynku pracy.

2. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest dofinansowane ze środków pochodzących z programu Polska Białoruś Ukraina i konieczne jest wydatkowanie tych środków zgodnie z założonym harmonogramem oraz wytycznymi Wspólnego Sekretariatu Technicznego, w przeciwnym wypadku zagrożona jest realizacja całości projektu. Nakłady przeznaczone m.in. na zakup części wyposażenia, pochodzące z Programu, zostały już poniesione, a przez niedotrzymanie terminu realizacji możliwy jest zwrot całości dofinansowania, łącznie z poniesionymi już nakładami. Zwrot taki pogorszy trudną sytuację Powiatu, a co za tym idzie konieczne będzie ograniczenie nakładów na pozostałe zadania, jakie samorząd powiatowy realizuje na podstawie ustawy m.in. szkolnictwo ogólne i zawodowe, wsparcie dla Powiatowego Centrum Pomocy Rodzinie czy Powiatowego Urzędu Pracy. Pogorszenie sytuacji finansowej nie pozwoli podnieść poziomu nauczania w szkołach, a także dokonać szeregu niezbędnych modernizacji, jakich wymagają baza sprzętowa czy lokalowa jednostek Powiatu.
3. Mieszkańcy uzyskają możliwość leczenia w poradniach, których do tej pory nie było w obecnym szpitalu. Budowa nowego pawilonu pozwoli też sprowadzić nowych specjalistów i lekarzy, których obecnie brakuje. W związku z powyższym podniesie się poziom życia mieszkańców oraz poziom ich zaopatrzenia w podstawową opiekę zdrowotną.
4. Brak zawarcia umowy, może doprowadzić do wyrządzenia znacznej szkody firmom, które zostały wskazane w ofercie Wykonawcy, jako podwykonawcy. Dodatkowo zawieszenie wadium wniesionego przez wykonawcę również „zamraża” środki, jakie Wykonawca mógłby przekazać na cele rozwojowe przedsiębiorstwa.

Zamawiający wskazał, że negatywne skutki dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na niezawarcie umowy, to:

1. Zamówienie jest dofinansowane w ramach Programu Polska-Białoruś-Ukraina, a co za tym idzie środki przeznaczone na jego realizację muszą zostać wydatkowane w określonym czasie. Zwrot dofinansowania pociągnie za sobą bardzo poważne konsekwencje finansowe, Powiat Bieszczadzki będzie zmuszony do zwrotu kwoty w wysokości ok. 8 mln złotych, a to pociągnie za sobą ograniczenie działalności Powiatu w zakresie zadań przez niego realizowanych.

2. Spadek poziomu finansowania dla jednostek organizacyjnych Powiatu Bieszczadzkiego, takich jak Powiatowy Zarząd Dróg zapewniający utrzymanie i przejezdność dróg;
3. Konieczność rezygnacji z ogłaszania otwartych konkursów ofert na realizację zadań publicznych dla organizacji pozarządowych. Może to spowodować pogorszenie się sytuacji samych organizacji z terenu powiatu, ale także sytuacji osób w nich pracujących; –
4. Konieczność reorganizacji szpitala w inny niż dotychczas zaplanowany sposób, co będzie skutkowało dużo większą liczbą zwolnień personelu.
5. Uniemożliwienie podniesienia poziomu świadczeń medycznych dla mieszkańców.
6. Uniemożliwienie realizacji programu naprawczego opracowanego przez ekspertów. Realizacja założeń tego programu pozwoli funkcjonować jednemu na terenie powiatu szpitalowi.

Zdaniem Odwołującego ww. negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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.

***Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:***

W dniu 8 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Grupa SZYMBUD Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kłomnicach, złożone w postępowaniu pn. *Kompleksowa realizacja inwestycji w formule – zaprojektuj-wybuduj-wyposaż, polegającej na budowie budynku pawilonu szpitalnego wraz z łącznikiem przy SP ZOZ w Ustrzykach Dolnych*. Odwołanie dotyczy wyboru oferty wykonawcy Creo Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz zaniechania wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu poprzez poleganie na zasobach podmiotu ALVO Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie użyczenia referencji w odniesieniu do dostawy sprzętu dla sal operacyjnych.

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 8 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych. Tym samym przepisy nowej ustawy Pzp mają zastosowanie również do postępowania w sprawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, które jest częścią postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp, *Izba 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.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją, która może być stosowana jedynie wyjątkowo, jest bowiem odstępstwem od zasady, zgodnie z którą do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę umowa nie może być zawarta, a która to zasada stanowi dla wykonawców gwarancję umożliwiającą skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Z tego względu przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy określone w art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp są restrykcyjne i nie mogą podlegać rozszerzającej interpretacji. Zamawiający, składając wniosek o uchylenie tego zakazu, powinien więc szczegółowo uzasadnić i wykazać, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego, na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego.

W ocenie Izby, Zamawiający w złożonym wniosku nie wykazał wystąpienia przesłanek, o których mowa w przywołanym przepisie, a które uzasadniałyby uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Po pierwsze zauważyć należy, że zasadnicza część argumentacji Zamawiającego zmierza do wykazania korzyści płynących z udzielenia zamówienia. Korzyści te oczywiście trudno zanegować, ich istnienie nie świadczy jednak automatycznie o zasadności skorzystania z nadzwyczajnej możliwości, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem sprawy przez Izbę. Zauważyć bowiem należy, że większość inwestycji samorządowych przyczynia się do poprawy jakości życia i funkcjonowania społeczności lokalnej, a także poprawy bezpieczeństwa publicznego. Udzielanie zamówień na wykonywanie takich inwestycji co do zasady służy realizacji słusznego interesu publicznego, nie sposób jednak uznać, że w związku z tym w każdej takiej sytuacji interes ten przewyższa korzyści związane z ochroną wszystkich innych interesów.

Dalej zauważyć należy, że znaczna część argumentacji Zamawiającego zmierza do wykazania negatywnych skutków, jakie wynikną z nieudzielenia zamówienia w ogóle. Z punktu widzenia oceny zasadności wniosku istotne jest natomiast to, jakie skutki zaistnieją przez sam fakt wstrzymania się z udzieleniem zamówienia do czasu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego przez Izbę. Skoro wniesienie odwołania oznacza czasową niemożność

udzielenia zamówienia, to Zamawiający powinien wykazać, dlaczego okresowe wstrzymanie się z udzieleniem zamówienia może wywołać negatywne skutki dla interesu publicznego.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego o dofinansowaniu zamówienia ze środków pochodzących z programu Polska Białoruś Ukraina i związanej z tym konieczności wydatkowania tych środków zgodnie z założonym harmonogramem oraz wytycznymi Wspólnego Sekretariatu Technicznego, zauważyć należy, że Zamawiający nie tylko nie wykazał, ale nawet nie uprawdopodobnił, że wstrzymanie się z zawarciem umowy do czasu wydania orzeczenia przez Izbę, stanowi zagrożenie dla realizacji zadania. Zamawiający nie wskazał nawet, jakie terminy go obowiązują, nie wykazał też, aby zmiana powyższego harmonogramu była niemożliwa ani nawet, że wnioskował o taką zmianę.

W odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego o możliwości wyrządzenia znacznej szkody firmom, które zostały wskazane w ofercie Wykonawcy, jako podwykonawcy, a także „zamrożenia” środków wpłaconych tytułem wadium, zauważenia wymaga, że okoliczności te odnoszą się do interesu podmiotów zainteresowanych udzieleniem zamówienia, nie zaś do interesu publicznego i w żadnej mierze nie świadczą o istnieniu wyższości wymagającego ochrony interesu publicznego nad interesem wykonawcy korzystającego ze środków ochrony prawnej.

Zauważyć również należy, że Zamawiający powinien zapewnić odpowiedni czas na rozstrzygnięcie postępowania przetargowego, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wszczął postępowanie w dniu 23 listopada 2020 r. Zamawiający jedynie gołostownie oświadczył, że nastąpiło to *niezwłocznie po uzyskaniu informacji o zaistnieniu interesu publicznego*, nie wykazał jednak, że potrzeba udzielenia zamówienia nie mogła być przewidziana wcześniej ani że ogłosił przetarg bezpośrednio po uzyskaniu na ten cel środków.

Należy więc stwierdzić, Zamawiający nie wykazał, aby interes publiczny w realizacji tej inwestycji – jakkolwiek niewątpliwy – przewyższał potrzebę ochrony wszystkich innych interesów.

Dodatkowo zauważenia wymaga, że nowa ustawa Pzp przewiduje również drugą przesłankę uchylecia zakazu zawarcia umowy, tj. uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy (art. 578 ust. 2 pkt 2). Zamawiający nie powołał się na tę przesłankę w złożonym wniosku.

Wobec ustalenia, że nie zostały wykazane okoliczności określone w art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp, Izba postanowiła odmówić uchylecia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....