

**Sygn. akt: KIO/ W 109/20**

## **POSTANOWIENIE**

**z dnia 15 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 grudnia 2020 roku wniosku z dnia 10 grudnia 2020 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, w sprawie wniesionego odwołania w dniu 9 grudnia 2020r. wykonawcę Berger Bau Polska Sp. z o.o. 54-517 Wrocław ul. Szczecińska 11

w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Miejska Lubin Urząd Miejski w Lubinie, ul. Kilińskiego 10 59-300 Lubin o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ul. Wierzbowej w Lubinie” zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 listopada 2020r. pod numerem 604 999-N-2020

**postanawia**

**uchylić zakaz zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą  
orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze**

### **Uzasadnienie**

Dnia 10 grudnia 2020r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej otrzymał od zamawiającego Gmina Miejska Lubin ul. Kilińskiego 10, 59-0300 Lubin, w związku z prowadzonym przez tego zamawiającego postępowaniem pn. „Przebudowa ulicy Wierzbowej w Lubinie”

zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 listopada 2020. pod numerem 604999-N-2020, wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Działając na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. zwanej dalej jako p.z.p., w związku z wniesieniem przez wykonawcę Berger Bau Polska sp. z o.o. odwołania, zamawiający złożył powyższy wniosek.

W uzasadnieniu wniosku zamawiający wskazał na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 183 ust. 1 p.z.p. zamawiający nie może zawrzeć umowy o zamówienie publiczne do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej: KIO) wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Od powyższej zasady przepisy p.z.p. przewidują jednak wyjątek, zgodnie z którym na wniosek zamawiającego „Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli nie zawarcie 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” (art. 183 ust. 2 p.z.p.).

Z treści przepisu wynika, że podstawą do zastosowania wyjątku od zasady zakazu zawarcia umowy o zamówienie publiczne przed rozstrzygnięciem KIO jest wystąpienie ryzyka, że nie zawarcie umowy naruszy interes publiczny. Waga interesu publicznego związanego z zawarciem umowy o zamówienie publiczne musi być przy tym większa aniżeli interes, którym kieruje się wykonawca wnoszący odwołanie. Rozważając zastosowanie w/w wyjątku należy w pierwszej kolejności rozstrzygnąć, czy zamówienie publiczne, które jest przedmiotem odwołania związane jest z interesem publicznym, a jeżeli tak, to jak doniosły jest to interes z w porównaniu z interesem odwołującego.

Pojęcie interesu publicznego nie zostało zdefiniowane w przepisach p.z.p. W doktrynie brak legalnej definicji interesu publicznego uzasadnia się tym, że interes publiczny stanowi klauzulę generalną i ze swej istoty jest pojęciem nieostrym i niedookreślonym, a rozstrzygnięcie, czy w danym przypadku mamy do czynienia z interesem publicznym powinno być każdorazowo rozpatrywane w zależności od okoliczności konkretnej sytuacji. W komentarzach dotyczących pojęcia interesu publicznego autorzy wskazują, że „Treść pojęcia jest każdorazowo zależna przede wszystkim od konkretnego kontekstu normatywnego, w jakim zostało ono użyte, celu regulacji oraz innych prawnych i pozaprawnych warunków.” (A. Wilczyńska, Interes publiczny w prawie stanowionym i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, PPH 2009/6/48-55).

Zgodnie z postanowieniem KIO z dnia 19 listopada 2018 r., sygn. akt KIO/W 23/1 8, za interes publiczny, należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie wykonywania zadań publicznych.

Uzasadniając ważny interes publiczny przemawiający za uwzględnieniem wniosku zamawiający wskazuje na znaczenie zadania dla rozwoju spójnej sieci dróg publicznych z istotnym elementem infrastruktury, jakim jest wskazana droga przy ul. Wierzbowej w Lubinie, wpływ zadania na poprawę dostępności komunikacyjnej i zwiększenie bezpieczeństwa drogowego oraz wymianę zdegradowanych znajdujących się w drodze urządzeń wodno-kanalizacyjnych oraz kanalizacji deszczowej.

Zarówno droga, jak i znajdujące się w niej urządzenia wodno-kanalizacyjne w każdej chwili mogą ulec całkowitemu uszkodzeniu ze względu na ich stan techniczny, co spowoduje brak dostępu do wody oraz brak możliwości odbioru ścieków od kilkunastu tysięcy ludzi,

Jako negatywne skutki, które powstaną ze względu na nie zawarcie umowy wskazać należy utratę dofinansowania przy ograniczonych środkach własnych.

Gmina Miejska Lubin otrzymała środki z programu rządowego Fundusz Dróg Samorządowych nabór 2020 na wykonanie zadania „Przebudowa ulicy Wierzbowej w Lubinie” w wysokości 50% kosztów kwalifikowanych wartości kosztorysowych inwestycji.

Zamawiający po podpisaniu umowy o dofinansowanie ze środków z Funduszu Dróg Samorządowych 2020 dla przedmiotowego zadania wszczął postępowanie zmierzające do wyboru oferty i zawarcia umowy.

W związku z wniesieniem odwołania dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zadania „Przebudowa ulicy Wierzbowej w Lubinie” nie może zawrzeć umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Brak wypełnienia przez gminę obowiązku zawarcia umowy o roboty budowlane w terminach określonych w §5 umowy o dofinansowanie spowoduje utratę dofinansowania w wysokości 50% wartości umowy na roboty budowlane tj. kwotę 3.250.275,35 zł.

Dowód: - umowa o dofinansowanie z dnia 13 października 2020r. Nr FDS/A/78/G-133/2020

Zgodnie z przywołanym §5 ust.1 umowy Beneficjent jest zobowiązany do rozpoczęcia robót budowlanych związanych z realizacją zadania w 2020 roku.

Zatem utrata dofinansowania spowoduje nieodwracalne skutki w istotnej inwestycji i naruszy w sposób istotny interes publiczny mieszkańców miasta Lubin, w tym dotyczących zarówno

bezpieczeństwa drogowego, jak i bezpieczeństwa związanego z przesyłką wody i odbiorem ścieków.

Zamawiający w dalszej części uzasadnienia wniosku odniósł się do zasadności wniesionego odwołania w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy niż odwołujący. Wybór oferty najkorzystniejszej poprzedzony był w ocenie zamawiającego szczegółowym i wyczerpującym postępowaniem wyjaśniającym w stosunku do wykonawcy wybranego, w wielu aspektach złożonej oferty. Badanie oferty wykonawcy wybranego skierowane było na podejrzenie zarzutu rażąco niskiej ceny, zobowiązania w zakresie użytego potencjału technicznego, w wyniku których w ocenie zamawiającego uzyskał pozytywną ocenę złożonej oferty wykonawcy wybranego. Ponadto wykonawca wybrany wykonywał szereg robót budowlanych na rzecz zamawiającego, które wykonał prawidłowo w ramach zaoferowanej ceny. Zamawiający wniósł również zastrzeżenia formalne co do skuteczności wniesionego odwołania, w związku z doręczeniem kopii odwołania zamawiającemu w przewidzianym ustawowo dniu, ale po godzinach urzędowania zamawiającego.

Izba uznała za zasadną argumentację zamawiającego na podstawie art.183 ust.2 p.z.p. stwierdzając, że ochrona interesu publicznego, reprezentowanego przez zamawiającego ma pierwszeństwo przed interesem chronionym pozostałych osób w tym odwołującego. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej a brak nie tylko zawarcia umowy, ale brak rozpoczęcia robót w przeciągu najbliższych 15 dni to jest do końca 2020 roku spowoduje utratę dofinansowania środków na zadanie. Środki te zamawiający uzyskał z dofinansowania z Funduszu Dróg Samorządowych zadań powiatowych i zadań gminnych oraz zadań mostowych w województwie dolnośląskim Nr 1 zawarte w dniu 1 maja 2019r. pomiędzy Ministrem Infrastruktury a Wojewodą Dolnośląskim.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy, trzeba uznać prymat interesu publicznego nad innymi interesami, w tym nad interesem wnoszącego odwołanie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji postanowienia.

Na niniejsze postanowienie Izby w myśl art. 183 ust.4 p.z.p. skarga nie przysługuje.

**Przewodniczący:.....**