

POSTANOWIENIE
z dnia 10 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 10 marca 2020 r. w Warszawie wniosku Zamawiającego –

1) Gmina Skawina; 32-050 Skawina, Rynek 1 (upoważniona do przeprowadzenia i udzielenia zamówienia);

2) Gmina Czernichów; 32-070 Czernichów, ul. Gminna 1;

3) Gmina Liszki; 32-060 Liszki 230;

4) Gmina Świątniki Górne; 32-040 Świątniki Górne, ul. Kazimierza Bruchnańskiego 36;

5) Gmina Zabierzów; 32-080 Zabierzów, Rynek 1 w imieniu których postępowanie

prowadzi: Stowarzyszenie Blisko Krakowa, ul. Szkolna 4, 32-052 Radziszów - z dnia 6 marca 2020 r. (zarządzenie z 9 marca 2020 r.) o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE w ramach projektu „Czysta Energia Blisko Krakowa”, nr sprawy nadany przez Zamawiającego BK.410.1.4.1.2019, w związku z odwołaniem wniesionym przez **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476,02-884 Warszawa w dniu 6 marca 2020 r.**

postanawia:

uchyla zakaz zawarcia umowy

do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą

wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Zamawiający: 1) Gmina Skawina; 32-050 Skawina, Rynek 1 (upoważniona do przeprowadzenia i udzielenia zamówienia); 2) Gmina Czernichów; 32-070 Czernichów, ul. Gminna 1; 3) Gmina Liszki; 32-060 Liszki 230; 4) Gmina Świątniki Górne; 32-040 Świątniki Górne, ul. Kazimierza Bruchnalskiego 36; 5) Gmina Zabierzów; 32-080 Zabierzów, Rynek 1 w imieniu których postępowanie prowadzi: Stowarzyszenie Blisko Krakowa, ul. Szkolna 4, 32-052 Radziszów zwana dalej: „Zamawiającym” zwróciła się w dniu 6 marca 2020 r. z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986) zwanej dalej: „Pzp” w związku z odwołaniem z dnia 6 marca 2020 r.

Stwierdzając w uzasadnieniu co następuje:

W wyroku z dnia 27 listopada 2019 r. (sygn. akt: KIO 2025/19 i KIO 2029/19) Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu m.in.:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- ponowne badanie i ocenę ofert,
- wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp,
- uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Zamawiający, wykonując powyższy wyrok, wskazał w zawiadomieniu o unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu z 30 września 2019 r. oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, że: *„wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.11.2019 r., wydany w sprawie prowadzonej do sygn. akt: KIO 2025/19 oraz 2029/19 (zwany dalej wyrokiem KIO),*

- 1) unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 30.09.2019 r.,*
- 2) działając na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm. zm.) /Pzp/ wyklucza Wykonawcę Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; 02-884 Warszawa, ul. Puławska 476 z przedmiotowego postępowania oraz uznaje jego ofertę (oferta nr 2) za odrzuconą na podstawie art 24 ust. 4 Pzp”.*

Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne powyższych czynności, pokrywające się ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku wydanym do sygn. akt: KIO 2025/19 oraz KIO 2029/19. Wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania nastąpiło zatem w wykonaniu przez Zamawiającego wyżej opisanego wyroku.

Od powyższych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie z dnia 12 grudnia 2019 r., które zostało odrzucone postanowieniem z dnia 20 grudnia 2019 r. (sygn. akt: KIO 2526/19).

Kolejne odwołania również dotyczyły powyższych okoliczności oraz 1/. zaniechania czynności złożenia (poprawienia) JEDZ, 2/. zaniechania czynności do wezwania INERGIS S.A. do złożenia aktualnych dokumentów, 3/. wydłużenia terminu do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających minimalne wymagania określone przez Zamawiającego, były to:

- 1) odwołanie z dnia 30 grudnia 2019 r., które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 14 stycznia 2020 r. (sygn. akt: KIO 2678/19),
- 2) odwołanie z dnia 14 stycznia 2020 r., które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 24 stycznia 2020 r. (sygn. akt: KIO 76/20),
- 3) odwołanie z dnia 21 stycznia 2020 r., które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 31 stycznia 2020 r. (sygn. akt: KIO 118/20),
- 4) odwołanie z dnia 28 stycznia 2020 r., które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 10 lutego 2020 r. (sygn. akt: KIO 180/20),
- 5) odwołanie z dnia 4 lutego 2020 r., które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 14 lutego 2020 r. (sygn. akt: KIO 233/20),
- 6) odwołanie z dnia 11 lutego 2020 r., które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 25 lutego 2020 r. (sygn. akt: KIO 278/20),
- 7) odwołanie z dnia 17 lutego 2020 r., które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 28 lutego 2020 r. (sygn. akt: KIO 309/20),
- 8) odwołanie z dnia 21 lutego 2020 r., które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 4 marca 2020 r. (sygn. akt: KIO 359/20),
- 9) odwołanie z dnia 28 lutego 2020 r. (sygn. akt: KIO 428/20),
- 10) odwołanie z dnia 6 marca 2020 r.

Tylko od pierwszego z wszystkich wyżej opisanych odwołań została uiszczona opłata. W żadnym z wyżej wymienionych odwołań Odwołujący nie wskazał, iż podjęte przez Zamawiającego czynności były niezgodne z treścią wyroku z dnia 27 listopada 2019 roku.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w wyniku zawarcia przez Zamawiającego w dniu 19 grudnia 2018 roku z Zarządem Województwa Małopolskiego umowy o dofinansowanie („Umowa”) projektu „Czysta Energia Blisko Krakowa” („Projekt”) w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020, Oś Priorytetowa 4 Regionalna polityka energetyczna, Działanie 4.1 Zwiększenie wykorzystania odnawialnych źródeł energii, Poddziałanie 4.1.1 Rozwój infrastruktury produkcji energii ze źródeł odnawialnych, z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.

Zgodnie z Umową oraz załączonym do niej wnioskiem o dofinansowanie:

- całkowita wartość Projektu wynosi 28.437.011,97 zł,
- wysokość przyznanego Zamawiającym dofinansowania w ramach Projektu wynosi 15.294.014,35 zł,
- termin zakończenia realizacji Projektu upływa z dniem 30 czerwca 2021 roku,

-Projekt zakłada montaż instalacji Odnawialnych Źródeł Energii w ponad 1380 gospodarstwach domowych w pięciu sąsiadujących z Krakowem gminach, borykają się z problemem niskiej emisji, który stanowi jedną z podstawowych barier rozwojowych znacząco negatywnie oddziaływująca na jakość życia mieszkańców,

- realizacja Projektu ma przyczynić się do osiągnięcia określonego efektu ekologicznego, w tym ograniczenie niskiej emisji, która na znacznym obszarze objętym Projektem stanowi problem społeczny. Projekt zakłada m.in. instalację 360 niskoemisyjnych kotłów na pellet, które zastąpią stare nieekologiczne kotły węglowe, co w przyszłości ma przełożyć się na poprawę jakości powietrza.

dowód: umowa o dofinansowania nr RPMP.04.01.01-12-1082/17-00-XVII/440/FE/18 z dnia 19 grudnia 2018 roku.

W celu zrealizowania Projektu Zamawiający w dniu 12 czerwca 2019 r. ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE w ramach projektu „Czysta Energia Blisko Krakowa”, w ramach którego:

- 6 sierpnia 2019 r. nastąpiło otwarcie ofert,
- 30 września 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2 grudnia 2019 r. zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27 listopada 2019 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczył wykonawcę Sanito sp. z o.o. oraz odrzucił oferty wykonawcy FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k, i wykonawcy HYMON ENERGY sp. z o.o.,
- 2 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał na podstawie art 26 ust. 1 Pzp wykonawcę INERGIS S.A. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu,
- 10 lutego 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez INERGIS S.A., o czym poinformował biorących udział w postępowaniu wykonawców,
- do dnia sporządzenia niniejszego pisma żaden z wykonawców nie złożył odwołania na czynność Zamawiającego - wybór najkorzystniejszej oferty.

Dotychczasowe działania wykonawców (tj. złożenie odwołań do KIO) doprowadziły do sytuacji, w której Zamawiający dokonał drugiego wyboru najkorzystniejszej oferty po prawie 5 miesiącach od dnia dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty po raz pierwszy.

Po dniu 10 lutego 2020 r. Zamawiający nie wykonał żadnych czynności w postępowaniu, które mogłyby stanowić nową okoliczność i podstawę do wniesienia odwołania.

Zgodnie z wzorem umowy załączonym do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opublikowanej przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego termin realizacji zamówienia wynosi 18 miesięcy począwszy od dnia podpisania umowy z wykonawcą.

W ocenie Zamawiającego obecne działanie Odwołującego nie ma na celu kontroli legalności czynności (lub zaniechań) Zamawiającego, lecz uniemożliwienie/utrudnienie Zamawiającemu podpisanie umowy z wybranym przez niego wykonawcą (tj. spółką INERGIS S.A.), świadczy o tym doskonale fakt, iż Odwołujący wnosi co kilka/kilkanaście dni kolejne odwołania o takiej samej treści, nie opłacając ich, nie czekając na rozstrzygnięcie poprzedniego odwołania oraz nie zważając na to, iż poprzednie odwołania zostały odrzucone lub zwrócone. W ocenie Zamawiającego takie zachowanie Odwołującego jest niezgodne z ratio legis ustawodawcy, które legło u podstaw wprowadzenia w art. 183 ust. 1 Pzp zakazu zawarcia umowy w przypadku wniesienia odwołania. Jak wynika z wyżej opisanych okoliczności obecne zachowanie Odwołującego stanowi nadużycie przysługującego mu prawa, które nie powinno korzystać z ochrony przewidzianej w art. 183 ust. 1 Pzp.

Takie działanie Odwołującego (które nie wiadomo kiedy się zakończy) z każdym kolejnym dniem począwszy od dnia, w którym Zamawiający może zawrzeć umowę z wybranym przez siebie wykonawcą (tj. począwszy od dnia 21 lutego 2020 r.) powoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, a to interesu Zamawiających (pięciu gmin z powiatu krakowskiego, które nie mogą realizować Projektu prowadzącego do poprawy środowiska na ich obszarze] oraz interesu beneficjentów końcowych (tj. mieszkańców, którzy od kilku/kilkunastu miesięcy oczekując na montaż instalacji, do którego w związku z działaniem Odwołującego może nie dojść], o powyższym świadczą poniższe okoliczności:

- dalszy brak możliwości zawarcia umowy z wyłonionym w ramach zamówienia publicznego wykonawcą ponad wszelką wątpliwość uniemożliwi realizację Projektu w terminie określonym w umowie o dofinansowanie (tj. do 30 czerwca 2021 r., ponieważ przewidziany we wzorze umowy termin wykonania umowy wynosi 18 miesięcy),
- niezrealizowanie Projektu w terminie może spowodować wypowiedzenie umowy o dofinansowanie (§ 5 ust. 1 pkt 8 umowy o dofinansowanie] oraz utratę przez Zamawiających ponad 15 mln zł dofinansowania (§ 5 ust 3 umowy o dofinansowanie],
- opóźnienie terminu zawarcia z nim umowy o kolejne tygodnie/miesiące spowoduje:
 - nasilenie się narastającego wraz z kolejnymi miesiącami niekorzystnego odzewu społecznego - mieszkańcy uczestniczący w Projekcie oczekują od ponad 2 lat (wniosek o dofinansowanie został złożony w grudniu 2017 r.) na założenie w ich gospodarstwach

domowych instalacji oraz wstrzymują się z innymi inwestycjami w odnawialne źródła energii (m.in. przy korzystaniu z innych dostępnych środków z innych programów np. z programu Mój Prąd],

- rezygnację z udziału w Projekcie przez kolejnych mieszkańców (np. w Gminie Skawina do 30 grudnia 2019 r. z części Projektu obejmującej montaż kotła na biomasę z listy 212 osób zrezygnowało już 87 osób, czyli około 25%), co może spowodować brak możliwości realizacji Projektu i konieczność zwrotu dofinansowania,

- że praktyczna realizacja umowy z wybranym wykonawcą rozpocznie się jesienią 2020 r., co z uwagi na niemożliwość realizacji dużej części zamówienia w sezonie grzewczym (wynikający z konieczności czasowego wyłączenia instalacji co] oznacza przeniesienie faktycznej jej realizacji na wiosnę 2021 r., a więc przesunięcie realizacji o jeden rok i na kilka miesięcy przed upływem terminu realizacji Projektu,

- wstrzymanie realizacji Projektu spowoduje, że odroczony zostanie okres funkcjonowania 1380 instalacji wytwarzających energię z odnawialnych źródeł, m.in. 360 pieców bezklasowych nadal będzie pod Krakowem emitowało znaczne ilości PM10 i PM2,5, a brak pozostałych instalacji (kolektory słoneczne, panele fotowoltaiczne, pompy ciepła] uniemożliwi osiągnięcie zakładanego w Projekcie efektu ekologicznego.

Nie może być również wątpliwości, iż wskazane powyżej 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 przedmiotowym postępowaniu, co do których Odwołujący składa kolejne odwołania. Jest tak ponieważ podejmowane obecnie przez Odwołującego czynności są pozorne. Oraz nie zmierzają i nie mogą zmierzać do ochrony jego interesu, ponieważ każde kolejne odwołanie jest takie same, a w dodatku obarczone jest tymi samymi brakami (brak opłaty].

Uzasadniając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art 183 ust. 1 Pzp, dla wszystkich kolejnych odwołań wnoszonych przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o. Zamawiający wskazuje, iż obecnie Zamawiający nie podejmuje i nie zamierza podjąć żadnych czynności w przedmiotowym postępowaniu, które mogłyby zostać zaskarżone przez wykonawców, natomiast termin na wniesienie odwołań od dotychczas podjęte czynności już upłynął.

Kończąc wskazał, iż analogiczny wniosek złożony przez Zamawiającego do sprawy wszczętej odwołaniem z dnia 21 lutego 2020 r. (sygn. akt: KIO 359/20) został uwzględniony postanowieniem z dnia 28 lutego 2020 r. (sygn. akt: KIO/W 5/20).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba konsekwentnie przywołuje argumentację i stanowisko wyrażone w postanowieniu z dnia 28 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO/W 5/20, którym uchylono zakaz zawarcia umowy, jak i w postanowieniu z dnia 6 marca 2020 r., sygn. akt: KIO/W 7/20, którym uchylono zakaz zawarcia umowy.

Przepis art. 183 ust. 2 Pzp stanowi, że Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. 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. Dla zastosowania powyższego przepisu koniecznym jest zatem, co najmniej uprawdopodobnienie istnienia powołanych przez Zamawiającego we wniosku okoliczności.

W ocenie Izby wskazane przez wnioskodawcę okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny, że nie zawarcie 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 tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Analizując całokształt sprawy oraz wagę tych interesów, skład orzekający Izby uznał, że w przedmiotowym przypadku konieczność ochrony interesów Odwołującego nie przewyższa konieczności ochrony interesu Zamawiającego.

Dodatkowo, odnosząc się do treści wniosku, Izba przychyliła się do przedstawionej argumentacji, uznając, że Zamawiający ma realne podstawy do uznania, że przedstawione we wniosku działanie Sanito sp. z o.o. o ma na celu utrudnienie/unieemożliwienie Zamawiającemu zgodnego z prawem zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w postępowaniu oraz wpływa na istotne wydłużanie się terminu zawarcia umowy. W tym zakresie Izba wzięła także pod uwagę, konsekwencje w działaniu Sanito sp. z o.o., który złożył kolejne odwołania z rzędu (1 - KIO 359/20; 2 – KIO 428/20), z brakami formalnymi (brak dowodu uiszczenia wpisu oraz dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania Odwołującego), których nie uzupełniał (wydano postanowienia o zwrocie odwołań). Podobnie, aktualne odwołanie z 6 marca 2020 r., sygn. akt: KIO 475/20 zostało złożone z identycznymi brakami formalnymi.

Reasumując, Izba uznała, że negatywne skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, zostały wykazane przez Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości i uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane

z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 3 Pzp.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....