

POSTANOWIENIE
z dnia 25 sierpnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 25 sierpnia 2014 roku wniosku z dnia 20 sierpnia 2014 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „Legionowo” Sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie przy ulicy Sowińskiego 37, 05-120 Legionowo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Budowę źródła kogeneracyjnego w postaci 3 silników gazowych oraz kotłowni na terenie Ciepłowni Miejskiej w Legionowie*, o którym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 3 maja 2014 roku pod numerem 2014/ S 086-151511

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Uzasadnienie

Zamawiający, pismem z dnia 20 sierpnia 2014 roku, złożył 20 sierpnia 2014 roku do Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, ze względu na wniesienie w dniu 18 sierpnia 2014 roku odwołania przez Wykonawcę Control Process S.A. Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), Zamawiający 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. Zatem, aby przywołany przepis mógł mieć zastosowanie, niezbędne jest kumulatywne wykazanie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie.

Tymczasem Zamawiający podnosząc argumenty uzasadniające zastosowanie tej właśnie instytucji nie wykazał zaistnienia przesłanek.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu wniosku, że za koniecznością uchylenia zakazu zawarcia umowy przemawia fakt, że budowa źródła kogeneracji jest niezwykle ważna dla zabezpieczenia energetycznego miasta Legionowo, rozwoju tzw. ekologicznych źródeł rozwoju (paliwem w kogeneracji jest gaz) oraz zapewnienie możliwości uzyskiwania tzw. żółtych certyfikatów pozwalających na obniżenie kosztów emisji spalania węgla, podstawowego źródła energii cieplnej dla osób mieszkających w Legionowie. Zamawiający wskazał, że zgodnie z wnioskiem, który złożył Mazowieckiej Agencji Energetycznej o dofinansowanie inwestycji oddziaływanie projektu na środowisko naturalne będzie miało pozytywny wpływ na stan tego środowiska przez zmieszenie emisji ze źródeł spalania węgla. Realizacja projektu przyczyni się do zmniejszenia ilości ciepła wytwarzanego w kotłach węglowych i zastąpienie tej produkcji ciepłem wytwarzanym przy wykorzystaniu gazu ziemnego, który charakteryzuje się niższymi wskaźnikami emisyjności, a ciepło będzie wytwarzane w procesie wysokosprawnej kogeneracji, który charakteryzuje się wyższą efektywnością energetyczną procesu wytwarzania energii.

Zamawiający wskazał na pozytywne oddziaływanie projektu na sferę gospodarczą, w tym rozwój przedsiębiorczości w skali lokalnej. Wskazał Zamawiający, że zakłada się, że część prac realizacyjnych związanych z projektem zostanie zlecona lokalnym podwykonawcom przy zachowaniu zasad ustawy Prawo zamówień publicznych – wpłynie to na zwiększenie ich przychodów oraz pośrednio przyczyni się do zachowania stanu zatrudnienia. Zamawiający wskazał, że realizacja projektu pozwoli na terenie przemysłowym, w którym zlokalizowany jest projekt na obniżenie cen energii elektrycznej o około 30% co w ocenie Zamawiającego wpłynie niewątpliwie na rozwój miasta w tej części.

Zamawiający podał, że projekt będzie miał oddziaływanie na sferę społeczną a skutkiem tego oddziaływania będzie zmniejszenie emisji substancji szkodliwych do środowiska a w szczególności do atmosfery. Poprawie ulegną warunki życia mieszkańców Legionowa. Wskazał, że dodatkowe przychody pozwolą na utrzymanie ceny ciepła na niskim poziomie a może także doprowadzą do ich obniżenia.

Zamawiający wskazał, że oczekiwanie na rozpoznanie odwołania może uniemożliwić mu przeprowadzenie inwestycji ze względu na konieczność dotrzymania terminów wynikających z umów pożyczki i dofinansowania jej spłaty ze środków publicznych tzw. programu Jessica. Zamawiający wskazał, że zgodnie z warunkami umowy inwestycyjnej pobranie pierwszej transzy pieniędzy musi nastąpić do 30 września 2014 roku, celem uruchomienia pożyczki Zamawiający musi złożyć wszystkie dokumenty nie później niż 21 dni przed uruchomieniem pożyczki w więc nie później niż do 9 września 2014 roku. Zamawiający wskazał, że nie może czekać do 9 września 2014 roku na podpisanie umowy z Generalnym Wykonawcą ponieważ podpisanie umowy z tym ostatnim warunkuje podpisanie innych dokumentów, które niosą ze sobą wysokie koszty dla spółki takie jak umowa przyłączeniowa z Gaz Systemem (opłata 375 tys. zł), umowa na budowę gazociągu zasilającego w gaz, umowa na komercyjny kredyt uzupełniający w wys. 2,2, mln zł., zakup działki pod budowę redukcyjnej gazu, ustanowienie hipoteki na nieruchomości oraz innych zabezpieczeń kredytu.

Zamawiający wskazał, że w przypadku nie podpisania umowy do 28 sierpnia 2014 roku z Generalnym Wykonawcą konieczne będzie unieważnienie przetargu z uwagi na brak możliwości sfinansowania inwestycji. Straty finansowe Zamawiającego w przypadku rezygnacji z projektu w okresie pięciu lat: - strata pomocy publicznej ok. 5,5 mln zł, - strata dotychczas poniesionych kosztów na projekt ok. 0,5 mln zł, - strata zysków zgodnie ze studium wykonalności ok. 7 mln zł, w przyszłości także strata związana z brakiem tzw. złotych certyfikatów.

Zamawiający wskazał, że mając na uwadze straty finansowe jakie ewentualnie poniósłby Odwołujący w stosunku do strat jakie poniesie Zamawiający oraz mieszkańcy miasta Legionowo są to wielkości zupełnie nieporównywalne.

Straty środowiskowe są niewyliczalne.

Zamawiający wskazał na najważniejsze straty związane z unieważnieniem przetargu i rezygnacją z inwestycji: brak rozszerzenia działalności o produkcję energii elektrycznej w skojarzeniu z energią ciepłą a więc zwiększy się ofertę przedsiębiorstwa; brak zwiększenia przychodów nie tyle ze sprzedaży energii elektrycznej ale również świadectw pochodzenia en. elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji; brak poprawy efektywności procesu wytwarzania ciepła; brak zmniejszenia emisji do środowiska substancji szkodliwych,

brak możliwości uniknięcia kosztów odtworzenia części kotłowni, brak wzrostu bezpieczeństwa dostaw energii ciepłej Kogeneracja jest to drugie niezależne źródło jej wytwarzania.

Izba wskazuje, że niezbędne jest wykazanie przez Zamawiającego, że niezawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania mogłoby godzić w interes publiczny, w stopniu przewyższającym 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. Z ostatniego akapitu argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego wynika jednoznacznie, że Zamawiający skupił się na własnych potrzebach, które mają zostać osiągnięte w wyniku rozstrzygnięcia postępowania, a które próbuje tłumaczyć interesem publicznym. Podkreślić należy, że Zamawiający zbyt lakonicznie argumentując swoje stanowisko nie odniósł się do żadnych prognoz popartych wyliczeniami, z których wynikałoby, że zmniejszenie emisji ze źródeł spalania węgla będzie miało wpływ na środowisko naturalne oraz nie odniósł również swego stanowiska do żadnych informacji dotyczących ilości zmniejszenia emisji ze źródeł spalania węgla. Nie wykazał również negatywnych skutków niezawarcia umowy powołując się na sferę społeczną, gdzie również nie odniósł się do żadnych prognoz czy badań dotyczących poprawy warunków życia mieszkańców. Zamawiający wskazał na to, że realizacja inwestycji będzie stanowiła zabezpieczenie energetyczne miasta, jednocześnie w innym miejscu pisma wskazuje, że pozwoli na obniżenie cen energii elektrycznej (ok. 30%) na terenie przemysłowym, w którym zlokalizowany jest projekt, co bez powołania się na konkretne dane i opracowania powoduje, że takie ogólne informacje nie mogą stanowić podstawy uznania, że realizacja projektu przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego. Zamawiający odwołał się do możliwości utrzymania cen ciepła na niskim poziomie, jednakże wskazał, że wynika to z przychodów tym samym wskazał, że będzie realizował konkretne zamówienia na dostawę ciepła w oparciu o nową technologię i w ten sposób będzie zarabiał – jednakże nie wykazał żadnych prognoz czy symulacji pozwalających na faktyczne odniesienie się do tak ogólnego argumentu. Potencjalne ryzyko utraty możliwości finansowania (pożyczka) i utrata dofinansowania i w konsekwencji nie zrealizowanie projektu na podstawie umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia aktualnie prowadzonego postępowania nie może stanowić wystarczającego argumentu przesądzającego o wyższości interesu publicznego nad

interesem wszystkich, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku. Zamawiający wskazał, że pobranie pierwszej transzy pieniędzy na podstawie zawartej Umowy Inwestycyjnej musi nastąpić do 30 września 2014 roku. W umowie wskazano, że pożyczkobiorca dokona pierwszego uruchomienia środków z pożyczki w tym terminie, a BGK zastrzegł sobie prawo do wypowiedzenia umowy w przypadku niespełnienia tego warunku. Zaznaczyć należy, że wygaśnięcie umowy zostało określone w innym punkcie paragrafu drugiego umowy, i wynika z niego, że nieuruchomienie pożyczki w terminie do 30 czerwca 2015 roku, gdy upływa ostateczny termin dostępności środków z pożyczki, powoduje wygaśnięcie umowy. Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z § 12 Umowy Inwestycyjnej dopuszczone zostały zmiany warunków tejże umowy i wszelkie zmiany Umowy Inwestycyjnej wnioskowane przez Pożyczkobiorcę mogą być dokonywane jedynie w drodze pisemnego aneksu do umowy, na pisemny wniosek Pożyczkobiorcy złożony wraz z uzasadnieniem do FROM, nie później niż na 30 dni przed wnioskowanym terminem wprowadzenia tych zmian, które to decyzje o zmianach podejmowane są w oparciu o postanowienia umowy operacyjnej (umowa zawarta pomiędzy FROM i EBI w sprawie dysponowania i zarządzania funduszami Jessica w dniu 29 sierpnia 2012 roku).

Izba wskazuje, że Zamawiający powinien przewidywać prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, że wykonawcy mogą korzystać ze środków ochrony prawnej, co gwarantuje im ustawa Prawo zamówień publicznych. Konieczność zawarcia umowy z Głównym Wykonawcą w określonym terminie z uwagi na konieczność zawarcia innych umów, na które powoływał się Zamawiający również nie stanowi argumentu potwierdzającego spowodowanie negatywnych skutków dla interesu publicznego. Jednocześnie Izba wskazuje, że Zamawiający powołując się na konieczność zawarcia niezbędnych dla realizacji przedsięwzięcia innych dokumentów w tym umów, nie wskazał żadnych konkretnych dokumentów, nie przedstawił ich a jedynie w sposób bardzo ogólny odniósł się do nich.

Izba wskazuje, że Zamawiający w złożonym wniosku zobowiązany jest do wykazania spełnienia przesłanek warunkujących możliwość wydania postanowienia o uchyleniu zakazu zawarcia umowy. W przedmiotowej sprawie stanowisko Zamawiającego przedstawione we wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy było ogólnikowe, niczym nie popartą lakoniczną argumentacją Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek warunkujących uchylenie zakazu zawarcia umowy.

W tym stanie rzeczy nie zachodzi konieczność odstąpienia od zasady zakazu zawierania umów w sprawie zamówienia do momentu ogłoszenia wyroku lub postanowienia 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, tj. z niezawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia (wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze) w danym momencie bezpośrednio nie wynikają 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.

Z uwagi na powyższe Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 4 ustawy.

Stosownie do art. 183 ust. 4 ustawy na postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: