

POSTANOWIENIE
z dnia 20 kwietnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 20 kwietnia 2020 r. wniosku z dnia 16 kwietnia 2020 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w imieniu, którego działa jako pełnomocnik PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Remont kotłów parowych OP130K-1,K3,K-4 oraz BFBIOOK-2 wraz z instalacją biomasy w EC Czechnica* - numer postępowania POST/PEC/PEC/ZSK/01987/2019

postanowiła:

uchyla zakaz zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w przedmiocie: „*Remont kotłów parowych OP130K-1,K3,K-4 oraz BFBIOOK-2 wraz z instalacją biomasy w EC Czechnica* - numer postępowania POST/PEC/PEC/ZSK/01987/2019.

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w imieniu, którego działa jako pełnomocnik PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego sektorowe w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Remont kotłów parowych OP130K-1,K3,K-4 oraz BFBIOOK-2 wraz z instalacją biomasy w EC Czechnica - numer postępowania POST/PEC/PEC/ZSK/01987/2019*

W dniu 16 kwietnia 2020 roku (prezentata na piśmie) pismem z dnia 16 kwietnia 2020 roku Zamawiający działając w trybie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zmianami, dalej: „ustawa”) złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał, że w dniu 6 kwietnia 2020 roku wpłynęło do Zamawiającego odwołanie złożone przez Odwołującego ZEC Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

Zamawiający w uzasadnieniu złożonego wniosku wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, mając na względzie brzmienie art. 183 ust. 1 w związku z ust. 2 ustawy. Podał, że nie zawarcie w przedmiotowej sprawie umowy może powodować 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. Zamawiający jest zamawiającym sektorem w rozumieniu przepisów ustawy w zakresie produkcji ciepła sieciowego i energii elektrycznej. Świadczone przez Zamawiającego usługi, polegające na dostarczaniu źródła ciepła dla mieszkańców Siechnicy i południowej części Wrocławia oraz dla innych podmiotów prowadzących działalność na terenach objętych zakresem działania Elektrowni w Czechnicy, w tym w szczególności dla jednego z największych na tym terenie odbiorców ciepła, tj. Przedsiębiorstwa Produkcji Ogrodniczej „Siechnice” sp. z o.o., służą zatem interesowi publicznemu.

Zamawiający wskazał, że w celu realizacji zaplanowanego zakresu prac wynikającego z umowy, wymagany jest tzw. postój remontowy kotłów parowych, będących podstawowymi urządzeniami wytwórczymi w EC Czechnica. Przedmiotowy postój kotłów spowoduje, że Elektrownia w Czechnicy nie będzie produkowała energii elektrycznej i ciepłej. Odstawienie poszczególnych urządzeń zaplanowano zgodnie z przyjętym i zatwierdzonym w Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., harmonogramem prac remontowych. Celem prac wykonywanych podczas postojów remontowych kotłów parowych w EC Czechnica jest poprawa sprawności kotłów i urządzeń pomocniczych poprzez wymianę lub naprawę niesprawnych elementów. Przeprowadzenie remontów kotłów parowych pozwoli w szczególności na: doprowadzenie urządzeń do stanu pełnej sprawności technicznej, zmniejszenie awaryjności urządzeń, zmniejszenie kosztów kolejnych remontów, utrzymanie wymaganej żywotności urządzeń, bezpieczną i zgodną z przepisami w zakresie dozoru technicznego, eksploatację urządzeń.

Harmonogram remontów kotłów objętych przedmiotem zamówienia zakłada rozpoczęcie prac 20 kwietnia 2020 r. a ich zakończenie na dzień 30 września 2020 r. czyli w tzw. okresie okołowakacyjnym. W przypadku nieprzeprowadzenia remontów kotłów parowych w w/w okresie może dojść do sytuacji występowania awarii kotłów parowych w sezonie ciepłowniczym 2020/2021, co w konsekwencji może skutkować zaprzestaniem produkcji energii cieplnej i brakiem ogrzewania dla mieszkańców Siechnic i części Wrocławia oraz dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na terenie objętych zakresem działania EC Czechnica. W celu realizacji prac, wybrany w Postępowaniu Wykonawca jest zobowiązany zakupić niezbędne materiały do realizacji remontu (m.in. panele szczelne ekranowe, armaturę zaporową, części zamienne). Średni czas niezbędny do dokonania zakupów elementów potrzebnych do realizacji przedmiotu zamówienia wynosi około 6-8 tygodni (i nie można wykluczyć, iż z uwagi na epidemię, może on ulec wydłużeniu o kolejne tygodnie). Bez zawarcia odpowiednio wcześniej umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca nie dokona zakupu materiałów. Wobec czego, dalsze przedłużenie procedury odwoławczej spowoduje, że podpisanie Umowy po 20 kwietnia 2020 r. będzie bezzasadne, gdyż nie pozwoli na realizację prac w wymaganym terminie. Tym samym, Postępowanie prawdopodobnie należy będzie unieważnić z uwagi na istotną zmianę okoliczności, a zatem interes publiczny dozna istotnego uszczerbku kosztem interesu Odwołującego.

Zamawiający wskazał, że prace objęte przedmiotem zamówienia muszą być zrealizowane wyłącznie podczas postoju remontowego. Sytuacja taka dotyczy także innych remontów, co do których umowy zostały już zawarte lub prowadzone są inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest zatem możliwa jedynie zmiana harmonogramu prac remontowych tylko w jednym postępowaniu, gdyż wszystkie remonty i modernizacje muszą być tak zaplanowane i skoordynowane dla całej Elektrociepłowni, aby odbyły się w określonym terminie. Oznacza to, że nie jest możliwe przesunięcie terminu przestoju poszczególnych kotłów, gdyż wiąże się to z nieproporcjonalnym nakładem pracy związanym z ewentualnym zawieraniem aneksów do umów, a także koniecznością dokonania zmian umów zawartych w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy podkreślić, że zmiana harmonogramu postoju kotłów parowych skutkowałaby koniecznością podjęcia rozmów z Wykonawcami zawartych już umów, którzy mogą nie mieć możliwości realizacji prac w innym terminie, a także koniecznością zmiany harmonogramów realizacji prac w innych, toczących się jeszcze, będących na ukończeniu postępowaniach przetargowych. Może zatem to wywołać negatywne skutki dla interesu publicznego.

Niezawarcie przedmiotowej umowy z Wykonawcą, którego oferta została wybrana w Postępowaniu, będzie miało tym samym wpływ na m.in. następujące umowy, których przedmiotem jest:

- wykonanie diagnostyki części ciśnieniowej kotłów - wykonawca Zakłady Remontowe Energetyki Katowice spółka akcyjna,
- remont urządzeń pomocniczych kotłów - klapy wentylatory - wykonawca - ZEC Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- remont filtrów workowych wykonawca - wykonawca - ZEC Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- remont obiegów młynowych wykonawca - wykonawca - ZEC Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Niezawarcie umowy może mieć negatywne skutki (związane np. z niemożnością realizacji prac, przesunięciami terminów w harmonogramie prac) także dla umów zawartych z Odwołującym. O szczególnej wadze problemu może dodatkowo świadczyć fakt, że wniosek ten to drugi wniosek, który Zamawiający składa do Izby w związku z prowadzonymi postępowaniami na usługi remontowe. Analogiczny wniosek, który czeka na rozpatrzenie został już bowiem skierowany w postępowaniu o sygn. akt: KIO 471/20.

Zamawiający podniósł również, że wstrzymanie prowadzenia remontów i modernizacji może prowadzić do naruszenia norm prawnych wyrażonych m.in. w ustawie z dnia 10 kwietnia 1997 Prawo energetyczne (Dz.U. z 2019 r., poz. 755, z późn. zm., dalej jako: „Prawo Energetyczne”), zgodnie z którymi Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. jest zobligowany do stałego monitorowania i utrzymywania w należytym stanie urządzeń wykorzystywanych m.in. do przesyłania ciepła oraz niezwłocznego reagowania w przypadku konieczności dokonania niezbędnych modernizacji bądź napraw. W świetle art. 9j ust. 1 pkt 1 — 3 Prawa Energetycznego, przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się wytwarzaniem energii elektrycznej w źródłach przyłączonych do sieci, uwzględniając możliwości techniczne, jeżeli jest to konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, a w szczególności zapewnienia jakości dostarczanej energii, ciągłości i niezawodności jej dostarczania lub uniknięcia zagrożenia bezpieczeństwa osób lub strat materialnych, jest obowiązane do wytwarzania energii elektrycznej lub pozostawania w gotowości do jej wytwarzania; utrzymywania rezerw mocy wytwórczych lub zapewnienia innych usług systemowych w wysokości i w sposób określony w umowie zawartej z operatorem elektroenergetycznego systemu przesyłowego lub systemu połączonego elektroenergetycznego; utrzymywania zdolności źródeł do wytwarzania energii elektrycznej w ilości i jakości wynikającej z zawartych umów sprzedaży oraz umów o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej. Podobnie, przedsiębiorstwo zajmujące się wytwarzaniem ciepła, jakim jest Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., zobowiązany jest na gruncie S 20 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 15 stycznia 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemów ciepłowniczych (Dz.U. z 2007 r. nr 16 poz. 92) do utrzymania zdolności sieci ciepłowniczej do realizacji dostaw ciepła

w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu obowiązujących wymagań jakościowych. Tym samym, brzmienie ww. przepisu w sposób jednoznaczny przesądza o obowiązku dochowania należytej staranności w zakresie serwisowania posiadanych urządzeń, a także przeprowadzania ich remontów i modernizacji. W konsekwencji wstrzymanie realizacji prowadzonego postępowania przetargowego z powodu zawieszenia odbywania jawnych posiedzeń i rozpraw Krajowej Izby Odwoławczej może rodzić ryzyko niedochowania obowiązków wynikających z przywołanych przepisów. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wskazuje, że niezawarcie umowy może powodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Oceniając drugą z przesłanek z art. 183 ust. 2 ustawy do wykazania zasadności uwzględnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Zamawiający wskazał, że strata dla Zespołu Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. w przypadku braku realizacji przedmiotu umowy i wystąpienia wskazanych wyżej możliwych awarii jest znacznie wyższa niż wartość 3 173 400,00 zł brutto złożonej oferty przez Odwołującego (w tym miejscu zauważenia wymaga, iż realny uszczerbek Odwołującego rozumiany jako zysk osiągnięty z tytułu realizacji umowy byłby i tak niższy niż wyżej wskazana kwota).

Wyjaśnienia bowiem wymaga, że w przypadku wystąpienia awarii spowodowanych nieprzeprowadzeniem w odpowiednim terminie remontu kotłów, które to awarie uniemożliwią produkcję energii cieplnej i elektrycznej, straty Zamawiającego z tytułu braku produkcji energii będą się kształtowały na poziomie ok. (...) zł za każdy dzień w sezonie grzewczym, zaś w sezonie letnim na poziomie ok. (...) zł za każdy dzień. Dodatkowo, Zamawiający, w sytuacji awarii kotłów, będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej na rzecz dystrybutora energii z powodu niedostarczenia dostatecznej ilości ciepła, w wysokości (...) zł za każdy dzień. Na poparcie powyższych argumentów o stratach Zamawiającego, Zamawiający załączył do wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy dwie tabele z odpowiednim wyliczeniem kar umownych oraz utraconym zyskiem spowodowanym awariami, zastrzegając jednocześnie, że przedstawione wyliczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, z późn.zm.), oraz wniósł o ich nieudostępnianie podmiotom trzecim, w szczególności uczestnikom postępowania odwoławczego. Informacje te zawierają istotne, posiadające niezaprzeczalną wartość gospodarczą dane o charakterze handlowym, ekonomicznym i organizacyjnym przedsiębiorstwa, których poufność ma duże znaczenie z punktu widzenia działalności produkcyjnej Zamawiającego. Utajnione dane nie są jako całość udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość lub w konkretnym zestawieniu nie są znane ogółowi, są one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, kontrahentów, a Zamawiający podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich

w poufności. Wskazane dokumenty są dostępne dla bardzo ograniczonego grona pracowników Zamawiającego.

Wyżej określona wysokość kar umownych nie oznacza konieczności poniesienia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego z powodu niedostarczenia energii. Zważyć bowiem trzeba, iż odbiorcy końcowi energii, a w szczególności Przedsiębiorstwo Produkcji Ogrodniczej „Siechnice” sp. z o.o., mogą wystąpić z powództwem cywilnym o odszkodowanie z tytułu poniesionych szkód w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, spowodowanych niedostarczeniem energii cieplnej i elektrycznej wymaganej do utrzymania odpowiedniego poziomu produkcji. W ocenie Zamawiającego, powyżej zaprezentowane argumenty pokazują, iż straty Zamawiającego wynikające z potencjalnych awarii spowodowanych niewykonaniem remontów kotłów parowych, opiewają na kwoty znacząco przewyższające przyszły i niepewny uszczerbek Odwołującego.

Konkludując, brak zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy może skutkować awariami kotłów parowych w EC Czechnica w najbliższym sezonie grzewczym i, w konsekwencji, brakiem możliwości dostarczenia energii elektrycznej i cieplnej dla mieszkańców Siechnic, południowej części Wrocławia oraz podmiotów prowadzących na tym terenie działalność gospodarczą, w tym czasie. Jest to spełnienie przesłanki, o której mowa w art. 183 ust. 2 ustawy, gdyż niezawarcie umowy wiąże się z negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, którym jest w tym przypadku zapewnienie ciągłości dostaw energii cieplnej i elektrycznej dla mieszkańców okolicznych terenów i przedsiębiorców prowadzących na tych terenach działalność gospodarczą.

Zamawiający wskazał również, że odwołanie jest oczywiście niezasadne i nie zgadza się z podniesionymi przez Odwołującego zarzutami w odwołaniu, do których to zarzutów ustosunkuje się w sposób szczegółowy w odpowiedzi na odwołanie.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 183 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy na wniosek Zamawiającego, *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.*

Konieczne jest zatem wykazanie przez Zamawiającego, że niezawarcie umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie 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.

Izba, mając na uwadze treść wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej drogą elektroniczną w dniu 16 kwietnia 2020 roku ustaliła, że odwołanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w dniu 6 kwietnia 2020 roku, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba wskazuje w tym miejscu, że w obecnej sytuacji wywołanej stanem epidemii, zgodnie z regulacjami Ustaw z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw przed Krajową Izbą Odwoławczą nie odbywają się rozprawy ani posiedzenia jawne z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Powoduje to, że odwołanie z dnia 6 kwietnia 2020 roku nie zostało rozpoznane, jak również nie sposób ustalić w jakim terminie odwołanie to zostanie poddane pod rozpoznanie.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał spełnienie przesłanek określonych w art. 183 ust. 2 zd. 2 ustawy, których to wykazanie jest niezbędne, aby Izba mogła uchylić zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zamawiający wykazał konieczność realizacji zamówienia w określonym harmonogramem remontów kotłów parowych okresie jak również wskazał na podstawy i przyczyny braku możliwości zmiany harmonogramu remontów z uwzględnieniem pozostałych prowadzonych prac remontowych w EC Czechnica w oparciu o zawarte już umowy, bądź realizowane postępowania przetargowe. Zaznaczenia wymaga również, że wskazana przez Zamawiającego realizacja wielu prac remontowych w EC Czechnica wymaga dla skuteczność tych remontów oraz ich możliwości prowadzenia terminowej realizacji poszczególnych prac określonych zgodnie z przyjętym i zatwierdzonym w Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., harmonogramem prac remontowych, który określa odstawienie poszczególnych urządzeń. Mając na uwadze skutki jakie może spowodować brak przeprowadzenia remontów kotłów parowych w okresie do 30 września 2020 roku tj. możliwości występowania awarii kotłów parowych w sezonie ciepłowniczym 2020/2021, co w konsekwencji może skutkować zaprzestaniem produkcji energii cieplnej i brakiem ogrzewania dla mieszkańców Siechnic i części Wrocławia oraz dla podmiotów prowadzących

działalność gospodarczą na terenie objętych zakresem działania EC Czechnica, Izba uznała, że w interesie publicznym, który należy oceniać w kontekście interesu mieszkańców wskazanych wyżej regionów oraz działających na tym terenie przedsiębiorców, przy jednoczesnym poszanowaniu obowiązujących Zamawiającego regulacji prawnych zapewniających poziom świadczonych usług jak również realizacji obowiązków związanych z przeglądami i remontami, zasadnym jest uchylenie zakazu zawarcia umowy, z uwagi na stwierdzenie istnienia zagrożenia dla interesu publicznego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że utrzymanie zakazu zawarcia umowy spowoduje 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 udzielnie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: