

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 14 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 lipca 2020r. w Warszawie wniosku z dnia 9 lipca 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Gminę Moszczenica** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Zaprojektowanie, dostawę oraz wykonanie robót instalacyjnych, związanych z dostawą i montażem instalacji do wytwarzania energii OZE — zestawów paneli fotowoltaicznych, kolektorów słonecznych, pomp ciepła i kotłów na biomasę w ramach projektu współfinansowanego ze środków UE: Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała-Ropa”, w ramach poddziałania 4.11. Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020”*

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy**

**do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

**Uzasadnienie**

Gmina Moszczenica, działając w imieniu i na rzecz:

- A. Gminy Moszczenica z siedzibą w Moszczenicy,
- B. Gminy Biecz z siedzibą w Bieczu,
- C. Gminy Bobowa z siedzibą w Bobowie,
- D. Gminy Gorlice z siedzibą w Gorlicach,
- E. Miasta Gorlice z siedzibą w Gorlicach,
- F. Gminy Lipinki z siedzibą w Lipinkach,

- G. Gminy Łużna z siedzibą w Łużnej,
- H. Gminy Ropa z siedzibą w Ropie,
- I. Gminy Sękowa z siedzibą w Sękowej,
- J. Gminy Uście Gorlickie z siedzibą w Uściu Gorlickim,

zwana dalej: „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, na: *„Zaprojektowanie, dostawę oraz wykonanie robót instalacyjnych, związanych z dostawą i montażem instalacji do wytwarzania energii OZE — zestawów paneli fotowoltaicznych, kolektorów słonecznych, pomp ciepła i kotłów na biomasę w ramach projektu współfinansowanego ze środków UE: Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała-Ropa”, w ramach poddziałania 4.11. Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 241-590922.

W dniu 9 lipca 2020r. zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wniosek ten został złożony w związku z wniesieniem w dniu 6 lipca 2020 r. odwołania przez wykonawcę ML System S.A. w Zaczerniu.

Zamawiający wskazał, że utrzymanie zakazu zawarcia umowy ze względu na wniesienie odwołania całkowicie niezasadnego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Argumentował, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na rzecz 10 gmin i miasta i dotyczy całych społeczności lokalnych. Z odnawialnych źródeł energii mają skorzystać konkretne gospodarstwa domowe. W ramach udzielonego zamówienia przewiduje się dostawę i montaż 2.413 instalacji odnawialnych źródeł energii na prywatnych budynkach. Poprawa warunków klimatycznych w regionie jest sprawą niecierpiącą zwłoki. Jednakże osiągnięcie tego celu nie będzie możliwe, jeżeli zamawiający będzie zmuszony do czekania z udzieleniem zamówienia publicznego do czasu rozstrzygnięcia odwołania.

Zamawiający wywiódł, że przewidziane w ustawie Pzp krótkie terminy na rozstrzygnięcie odwołań wydają się obecnie mało realne, w związku z przeszło dwumiesięczną przerwą w pracy KIO i zaległościami z tym związanymi. Zaś dla niego sprawa jest o tyle pilna, że zobowiązany jest do wydatkowania środków finansowych na realizację zamówienia do ściśle określonej, nieprzekraczalnej daty.

Zamawiający argumentował, że przedmiotowe zamówienie realizowane jest w ramach projektu „Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii "Biała-Ropa" w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020, Oś 4 Regionalna polityka energetyczna, działanie 4.1 Zwiększenie wykorzystania odnawialnych źródeł energii, poddziałanie 4.1.1 Rozwój infrastruktury produkcji energii ze źródeł odnawialnych i finansowane ze środków Unii Europejskiej. Termin zakończenia projektu przewidziano na dzień 31 grudnia 2020 r. Zdaniem zamawiającego przedłużające się postępowanie odwoławcze uniemożliwi mu dotrzymanie wskazanego terminu i rozliczenie przyznanego dofinansowania.

Zamawiający zastrzegł, że oznaczył termin realizacji zamówienia we wzorze umowy poprawnie, jednakże uwzględnił, że wyłoniony wykonawca będzie miał ok. 6 miesięcy na realizację zamówienia. Taki termin jest bowiem terminem realnym dla wykonania zakresu zamówienia o wielkości i rozległości terytorialnej wskazanej w SIWZ. We wzorze umowy, w §6. Termin realizacji Umowy Zamawiający wskazał: „1. *Terminy realizacji Umowy ustala się w sposób następujący: rozpoczęcie — niezwłocznie po podpisaniu Umowy, zakończenie — do 30 listopada 2020 r. Przez zakończenie Inwestycji Strony rozumieją Odbiór końcowy Inwestycji wraz z podpisaniem protokołu odbioru końcowego Inwestycji, potwierdzający wykonanie wszystkich Instalacji w sposób zgodny z Umową*”. Jednakże przy sporządzaniu SIWZ, harmonogram Zamawiającego zakładał, że dokonując wyboru w kwietniu (ostatecznie wybór został dokonany 20.04.2020r.) Zamawiający był wówczas przekonany, że z uwagi na szybkie terminy procedowania w KIO, do końca maja 2020 ewentualne odwołania zostaną rozpatrzone przez KIO i umowa zostanie podpisana. Wówczas, czas na realizację zamówienia wyniósłby właśnie zakładane 6 miesięcy.

Zamawiający argumentował, że z uwagi na wniesione odwołania oraz wydłużony czas oczekiwania na rozstrzygnięcie odwołań od pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, stracił 2 miesiące. Zatem, czas na realizację zamówienia już skrócił się o 1/3. Mając zaś na uwadze obecne terminy w KIO, można zakładać, że odwołanie ML SYSTEM z dnia 06.07.2020r. będzie rozpoznawane za około miesiąc (ok. 06.08.2020r.), zaś podpisanie umowy — jeżeli Izba oddali przedmiotowe odwołanie, zgodnie z wykazywanymi przez zamawiającego informacjami o bezzasadności zarzutów — będzie mogło nastąpić ok. 17.08.2020 r. Powyższe oznacza, że czas na realizację zamówienia skróci się o ok. 55%, co dla tego typu zamówień stanowi barierę nie do przewyciężenia. Powyższe zaś może spowodować, że wykonawcy nie będą zainteresowani przedłużaniem terminu związania ofertą, gdyż realizacja zamówienia wiązać się będzie ze 100% pewnością naliczenia kar umownych, które nie były przez nich w kalkulowane w cenę ofertową. Zamawiający wskazał

zatem, że z uwagi na rozległy zakresowo i terytorialnie przedmiot zamówienia, wykonawcy zainteresowani jego realizacją w kwietniu 2020r. mogą nie być już zainteresowani w sierpniu 2020 r. podpisaniem umowy, której termin realizacji zakłada całkowite (ostatecznie) zakończenie wykonania umowy 31.11.2020 r.

Według zamawiającego nawet jeżeliby jednak przyjąć optymistyczną wersję, w której wykonawca pomimo diametralnej zmiany warunków realizacji zamówienia względem zakładanej przy składaniu ofert, zdecyduje się na podtrzymywanie oferty i zawarcie umowy, to i wówczas zamawiający poniesie olbrzymie straty finansowe. Mianowicie, niezakończenie projektu w terminie do 30.11.2020 r. spowoduje niemożność rozliczenia tego terminu przez zamawiającego do 31.12.2020r. (Zamawiający wskazał, że jeszcze w maju 2020 wystąpił do jednostki nadzorującej o przedłużenie tego okresu, jednakże dotychczas nie otrzymał odpowiedzi, na swój wniosek). Tym samym, zamawiający wywiódł, że stoi przed realnym ryzykiem utracenia dotacji z Unii Europejskiej w wysokości 20.244.579,21 zł, co nie będzie zrekompensowane karami umownymi (wynoszącymi, zgodnie z § 13. Kary umowne, ust. 1 pkt b) wzoru umowy do SIWZ maksymalnie 30%). Jak wskazuje przywołany przepis, *„Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty danemu Partnerowi Projektu lub łącznie na rzecz Partnerów Projektu kar umownych w przypadku: (...) b) zwłoki w zakończeniu realizacji Przedmiotu Umowy w stosunku do terminu określonego w § 6 ust. 1 w wysokości 0,1% Wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki, łącznie nie więcej jednak niż 30% Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy”*. Zakładając, że zwłoka w realizacji zamówienia wyniesie 60 dni, Zamawiający uzyska karę umowną w wysokości 6% wynagrodzenia wykonawcy brutto. Przy wynagrodzeniu SANITO, które wynosi 32.393.863,26 zł brutto, rzeczony 6% to zaledwie 1.943.631,79 zł. Innymi słowy, nawet jeżeli Wykonawca zdecyduje się podpisać z Zamawiającym umowę i wykonać zamówienie ze stratą, to budżet Zamawiającego straci min. 18.300.947,42 zł. (20.244.579,21 zł - 1.943.631,79 zł = 18.300.947,42 zł).

Zdaniem zamawiającego 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 odwołanie. Jest tak ponieważ podejmowane obecnie przez odwołującego czynności są pozorne oraz nie zmiierzają i nie mogą zmiierać do ochrony jego interesów, ponieważ rzeczony odwołanie stanowi próbę podważenia czegokolwiek, sztucznego wykreowania zarzutu, żeby za cenę 15 tys. zł wpisu uzyskać choć nikłą szansę przeforsowania własnej, przewrotnej argumentacji, a jeśli nie — to chociaż zbojkotować

postępowanie wymuszoną przewlekłością procedur. Tym samym, w przedmiotowym przypadku konieczność ochrony interesów odwołującego nie przewyższa konieczności ochrony interesu zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że obecnie nie podejmuje i nie zamierza podjąć żadnych czynności w przedmiotowym postępowaniu, które mogłyby zostać zaskarżone przez wykonawców, natomiast termin na wniesienie odwołań od dotychczas podjętych czynności już upłynął.

Zamawiający wskazał również, że sam dokłada najwyższej staranności, aby zapewnić maksymalnie długi termin realizacji zamówienia. Z uwagi na fakt, że jeszcze przed wystąpieniem z pierwszym wnioskiem o uchylenie zakazu zawierania umowy Zamawiający szczegółowo przeanalizował wszystkie zarzuty, najpóźniej w dniu składania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy (tj. w dniu 03.06.2020r.) posiadał pełną wiedzę, pozwalającą na konwalidowanie własnych czynności w zakresie uwzględnionych zarzutów. Zatem, jak w dniu 26 czerwca 2020r. został ogłoszony wyrok w sprawach KIO 926/20, KIO 932/20 oraz KIO 935/20, już w trzy godziny po jego ogłoszeniu komisja przetargowa dokonała wszelkich czynności, koniecznych z uwagi na uwzględnione zarzuty, dokonując ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający argumentował, że z uwagi na fakt, że był to piątek, niezmiernie zależało mu, aby nie odkładać tych czynności o kolejne 3 dni kalendarzowe, gdyż dla wykonawcy realizującego zamówienie te 3 dodatkowe dni będą niezmiernie ważne.

Wobec niemożności uznania odwołań za podlegające uwzględnieniu, oraz wobec wysokiego ryzyka nie podpisania umowy z żadnym wykonawcą z uwagi na skrócenie zakładanego okresu realizacji zamówienia o 55% lub alternatywnie nie zrealizowania przedmiotowego zamówienia przez w terminie do 31.12.2020 r., co warunkuje możliwość rozliczenia tego projektu, stwierdzał, że w przedstawionym stanie rzeczy, wypełniła się przesłanka z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp uzasadniająca wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu rozstrzygnięcia wniesionego odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepis art. 183 ust. 2 zdanie 2 Pzp uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.**

Stosownie do przepisu art. 183 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza na wniosek zamawiającego może uchylić zakaz zawarcia umowy do czasu wydania orzeczenia w

sprawie, 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. Możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przez wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Jako wyjątek od ww. zasady nie może być interpretowany rozszerzająco. Jak wynika z przywoływanego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się do treści wniosku, Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, że niezawarcie tej konkretnej umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałby inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu prywatnego.

Zauważyć również należy, że rozpoznając wniosek, o którym mowa w art. 183 ust. 2 Pzp, Izba nie rozstrzyga o zasadności lub niezasadności odwołania, które jest rozpoznawane w ramach odrębnego postępowania odwoławczego. Zatem przy wydaniu orzeczenia pominięto - jako bezprzedmiotową - obszerną argumentację zamawiającego odnoszącą się do niezasadności odwołania.

Odnosząc się do argumentu o istniejącej możliwości utraty dotacji z Unii Europejskiej w wysokości 20.244.579,21 zł, dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że nie ma możliwości wydłużenia zakończenia projektu poza termin 30.11.2020 r. i wydłużenia okresu rozliczenia poza 31.12.2020 r. Zamawiający wskazał jedynie, że w maju 2020 wystąpił do jednostki nadzorującej z wnioskiem o przedłużenie tego okresu. Nie wykazał jednak ani nie uprawdopodobnił, aby jednostka nadzorująca miała odmówić przedłużenia ww. okresu.

Chybione jest wywodzenie, że odwołanie ML SYSTEM z dnia 06.07.2020r. zostanie rozpoznane przez Izbę za około miesiąc (ok. 06.08.2020r.), zaś podpisanie umowy będzie mogło nastąpić ok. 17.08.2020 r. Terminy wskazywane przez odwołującego są wyrazem jego niczym nieopartych przypuszczeń.

Bezzasadne jest także stanowisko zamawiającego jakoby dołożył najwyższej staranności, aby zapewnić maksymalnie długi termin realizacji zamówienia. Jak wynikało z wyroku Izby z dnia 26 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 926/20 i KIO 932/20 część zarzutów

przedstawionych w odwołaniu ML System sp. z o.o. w Zaczerniach wniesionym wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 20 kwietnia 2020 r. okazała się zasadna. Zamawiający uwzględnił jeden z zarzutów w sprawie KIO 926/20. Powyższe oznaczało, że naruszenia ustawy Pzp, jakich dopuścił się zamawiający podczas pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 20 kwietnia 2020 r. skutkowały koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Zamawiający nie może zatem utrzymywać, że nie ponosi winy za przedłużenie procesu badania i oceny ofert. Gdyby nie omawiane naruszenia, to w już czerwcu 2020 r., po wydaniu przez Izbę wyroku w sprawach KIO 926/20 i KIO 932/20, zamawiający mógł podpisać umowę w sprawie zamówienia publicznego. Skrócenie czasu realizacji zamówienia jest zatem wywołane także działaniami i zaniechaniami samego zamawiającego.

Nie można zgodzić się również z zamawiającym, jakoby korzystanie przez wykonawcę ze środka ochrony prawnej nie było skierowane na ochronę własnego interesu, lecz miało na celu utrudnienie zamawiającemu procedowania. Nic takiego nie wynikało z odwołania. Odwołanie wnoszone jest wobec nowej czynności zamawiającego. Oczekiwanie, aby zamówienie publiczne udzielone zostało wyłącznie podmiotowi wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp) i aby środki ochrony prawnej miały charakter skuteczny, jest także zgodne z interesem społecznym.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez zamawiającego w sposób 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 i ust. 4 Pzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....