

POSTANOWIENIE
z dnia 28 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 28 lutego 2020 r. wniosku z dnia 26 lutego 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Gminę Skawina, Rynek 1, 32-050 Skawina w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE w ramach projektu „Czysta Energia Blisko Krakowa”* w zakresie odwołań o sygn. KIO 309/20 i KIO 359/20

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 309/20,**
- 2. uchylić zakaz zawarcia umowy w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 359/20.**

Uzasadnienie

26 lutego 2020 r. zamawiający – Gmina Skawina, Rynek 1, 32-050 Skawina złożył wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na *Dostawę i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE w ramach projektu „Czysta Energia Blisko Krakowa”* przed rozstrzygnięciem odwołań wniesionych przez Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa: 17 lutego 2020 r. – sygn. akt KIO 309/20 i 21 lutego 2020 r. – sygn. akt KIO 359/20.

W uzasadnieniu wniosku zamawiający podał, że w wyroku z 27 listopada 2019 roku (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 ustawy Pzp,
- uznanie oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający podał także, iż 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”.*

Uzupełnił, że 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 oraz stwierdził, że wykluczenie odwołującego z postępowania nastąpiło w wykonaniu przez zamawiającego ww. wyroku.

Zamawiający wskazał nadto, że od powyższych czynności zamawiającego odwołujący wniósł odwołanie z dnia 12 grudnia 2019 roku, które zostało odrzucone postanowieniem z dnia 20 grudnia 2019 roku (sygn. akt: KIO 2526/19).

W dalszej kolejności podał, że kolejne odwołania również dotyczyły powyższych okoliczności oraz zaniechania czynności złożenia (poprawienia) JEDZ, zaniechania czynności do wezwania INERGIS S.A. do złożenia aktualnych dokumentów, wydłużenia terminu do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających minimalne wymagania określone przez zamawiającego i były to:

1. odwołanie z dnia 30 grudnia 2019 roku, które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 14 stycznia 2020 roku (sygn. akt: KIO 2678/19),

2. odwołanie z dnia 14 stycznia 2020 roku, które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 24 stycznia 2020 roku (sygn. akt: KIO 76/20),
3. odwołanie z dnia 21 stycznia 2020 roku, które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 31 stycznia 2020 roku (sygn. akt: KIO 118/20),
4. odwołanie z dnia 28 stycznia 2020 roku, które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 10 lutego 2020 roku (sygn. akt: KIO 180/20),
5. odwołanie z dnia 11 lutego 2020 roku, które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 14 lutego 2020 roku (sygn. akt: KIO 233/20),
6. odwołanie z dnia 17 lutego 2020 roku (sygn. akt: KIO 309/20),
7. 7) odwołanie z dnia 21 lutego 2020 roku (sygn. akt: KIO 359/20).

Oświadczył, że tylko od pierwszego odwołania została uiszczona opłata oraz, że w żadnym z ww. odwołań odwołujący nie wskazał, iż podjęte przez zamawiającego czynności były niezgodne z treścią wyroku z dnia 27 listopada 2019 roku.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że 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 (dalej „Umowa”) projektu „Czysta Energia Blisko Krakowa” (dalej „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.

Wskazał również, że 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.

Na potwierdzenie zamawiający załączył do wniosku kopię umowy o dofinansowania nr RPMP.04.01.01-12-1082/17-00-XVII/440/FE/18 z dnia 19 grudnia 2018 roku.

Oświadczył, że w celu zrealizowania Projektu zamawiający 12 czerwca 2019 roku ogłosił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego:

- 6 sierpnia 2019 roku nastąpiło otwarcie ofert,
- 30 września 2019 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2 grudnia 2019 roku zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27 listopada 2019 roku 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 roku zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę INERGIS S.A. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu,
- 10 lutego 2020 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez INERGIS S.A., o czym poinformował biorących udział w postępowaniu wykonawców,
- do dnia sporządzenia wniosku żaden z wykonawców nie złożył odwołania na czynność zamawiającego – wybór najkorzystniejszej oferty.

Podkreślił, że 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.

Oświadczył, że po dniu 10 lutego 2020 roku nie wykonał żadnych czynności w postępowaniu, które mogłyby stanowić nową okoliczność i podstawę do wniesienia odwołania.

Podniósł, że zgodnie z wzorem umowy załączonym do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia 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 mu podpisanie umowy z wybranym przez niego wykonawcą, o czym świadczy 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 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”] zakazu zawarcia umowy w przypadku wniesienia odwołania. Uzupełnił, że obecne zachowanie odwołującego stanowi nadużycie przysługującego mu prawa, które nie powinno korzystać z ochrony przewidzianej w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

Stanął na stanowisku, że takie działanie odwołującego 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 roku) 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 roku, 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 roku) 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 roku 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 roku, 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 roku, 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.

Podniósł, że 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 zmiernają 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).

Oświadczył, że 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.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż w przypadku odwołania o sygn. akt KIO 309/20 rozpoznanie wniosku jest bezprzedmiotowe ze względu na wydanie przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2020 r. postanowienia o zwrocie odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 6 zdanie 2 ustawy Pzp odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby, a więc również nie powoduje zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 183 ust. 5 ustawy Pzp stanowi natomiast, że gdy rozpoznanie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy stało się bezprzedmiotowe, Izba umarza postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku.

W doniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 359/20 Izba postanowiła uchylić zakaz zawarcia umowy.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego do chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę (art. 183 ust. 1 ustawy Pzp), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, składających odwołanie, a z drugiej także interes zamawiającego (i finansów publicznych) oraz wykonawców, których oferta została uznana za najkorzystniejszą, poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania przetargowego w kwestionowanym zakresie.

Przepis art. 183 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli jej niezawarcie 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.

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.

Dalsze utrzymywanie zakazu zawarcia umowy oznacza wzrastające ryzyko dla realizacji zamówienia w zakładanym terminie, a tym samym utraty znaczącej części dofinansowania zamówienia służącego sfinansowaniu zadania publicznego w zakresie ważkiej dla interesu publicznego poprawy jakości powietrza – uniemożliwi osiągnięcie zakładanego efektu ekologicznego.

Składane przez odwołującego odwołania nie mogą prowadzić do wyboru złożonej przez niego oferty.

W związku z powyższym postanowiono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: