

POSTANOWIENIE
z dnia 16 kwietnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Członkowie: Ewa Sikorska
 Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 16 kwietnia 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 10 kwietnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego: **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Mszczonowskiej 4 (02-337 Warszawa),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku zawarcia umowy ramowej na dostawy izolowanych rur stalowych dla zadania inwestycyjnego Gazociąg DN 700 Polska – Litwa, odcinek południowy – zamówienie 1 (postępowanie wykonawcze nr 3) o numerze ZP/2020/01/0003/PI,

postanawia:

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku
lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, pismem z dnia 10 kwietnia 2020 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej tego samego dnia za pomocą poczty elektronicznej, na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku zawarcia umowy ramowej na dostawy izolowanych rur stalowych dla zadania inwestycyjnego Gazociąg DN 700 Polska – Litwa, odcinek południowy – zamówienie 1 (postępowanie wykonawcze nr 3) o numerze ZP/2020/01/0003/PI.

Zamawiający w dniu 21 stycznia 2020 r. działając na podstawie art. 101a ust. 1 pkt 2 lit b Pzp wszczął przedmiotowe postępowanie wykonawcze przez przekazanie zaproszenia wykonawcom do złożenia oferty (do zaproszenia została załączona specyfikacja istotnych warunków zamówienia).

Zamawiający podniósł w uzasadnieniu wniosku, że jako wyznaczony przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki operator systemu przesyłowego gazu ziemnego w Polsce, jest firmą strategiczną dla polskiej gospodarki oraz bezpieczeństwa energetycznego kraju. Wyjaśnił, że jego kluczowym zadaniem jest transport paliw gazowych siecią przesyłową na terenie całego kraju, w celu ich dostarczenia do sieci dystrybucyjnych oraz do odbiorców końcowych podłączonych do systemu przesyłowego. Następnie zamawiający wskazał, że w celu realizacji swych statutowych zadań realizuje szereg zadań inwestycyjnych, obejmujących m.in. rozbudowę krajowej sieci przesyłowej gazu ziemnego. Jedną z takich inwestycji jest budowa polskiego odcinka gazociągu Polska – Litwa (zwanego dalej: „GIPL”), a sam GIPL na terenie Polski podzielony został na dwa odcinki: północny oraz południowy.

W dalszej kolejności zamawiający stwierdził, że przedmiotem zamówienia w postępowaniu, w którym zostało wniesione odwołanie, jest dostawa izolowanych rur stalowych dla odcinka południowego GIPL. Rury te stanowią główny element dostaw inwestorskich, niezbędnych do budowy GIPL, i bez ich terminowego dostarczenia budowa południowego odcinka GIPL nie będzie mogła się rozpocząć zgodnie z założonym harmonogramem. Do przyjęcia takiego modelu biznesowego, w którym odrębnie od robót budowlanych dokonywany jest zakup tzw. dostaw inwestorskich (rur, armatury, elementów kształtowych) skłoniła go potrzeba optymalizacji procesu inwestycyjnego. Przyczyny takiej decyzji zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego były wielokryterialne, z których najistotniejszą było przyspieszenie realizacji inwestycji przez zgromadzenie dostaw inwestorskich już w startowej fazie realizacji kontraktu budowlanego (w innym przypadku zakontraktowany wykonawca robót zobligowany byłby do złożenia zamówienia na dostawy materiałów dopiero po zawarciu umowy, co w zależności od asortymentu powodowałaby przestój na poziomie od 5 miesięcy do 1 roku).

W części szczegółowej wniosku zamawiający zwrócił uwagę i opisał charakterystykę inwestycji oraz uwarunkowania realizacyjne. W tym zakresie zwrócił szczególną uwagę na okoliczność dotyczącą tego, iż obecne zobowiązania umowne zobowiązują go do

wybudowania i oddania do użytkowania gazociągu i innych wymienionych powyżej elementów sieci gazowej w terminie do 31 grudnia 2021 r. Dotrzymanie tego terminu jest ściśle uzależnione od terminowej dostawy rur przewodowych będących przedmiotem postępowania. Następnie zamawiający skupił się na GIPL w znaczeniu polskiego interesu publicznego. W tym aspekcie jego argumenty skoncentrowały się na nowych przyłączeniach gazowych oraz współfinansowaniu inwestycji przez UE

Kolejnym argumentem przedstawionym w części szczegółowej wniosku było wskazanie na interes publiczny budowy GIPL w ujęciu międzynarodowym. W tej części zamawiający zwrócił uwagę na fakt iż, przedmiotowy gazociąg znajduje się na liście PCI (Projects of Common Interest) prowadzonej przez UE oraz podkreślił znaczenie inwestycji dla litewskiego interesu publicznego.

Ponadto zamawiający zwrócił także uwagę na zobowiązania międzynarodowe przy realizacji GIPL i w tym zakresie powołał na tzw. umowę międzyoperatorską czyli Inter-TSO Agreement (ITA) oraz Connection Agreement (CA).

Następnie zamawiający wskazał na harmonogram inwestycji. W tym aspekcie podkreślił, że biorąc pod uwagę zakres i złożoność inwestycji, zakończenie budowy GIPL do dnia 31 grudnia 2021 r. uwarunkowane jest rozpoczęciem robót budowlanych (rozwózka rur, przygotowanie do spawania liniowego rur) najpóźniej we wrześniu br., i taki scenariusz nie posiada żadnego bufora czasowego. Oznacza to, że dostawa rur do budowy odcinka południowego GIPL powinna rozpocząć się w tym samym czasie, tj. najpóźniej od początku września 2020 r.

W kolejnym punkcie szczegółowego uzasadnienia dla swojego wniosku zamawiający odniósł się do zarzutów postawionych w odwołaniu wskazując, że są one bezzasadne.

W podsumowaniu swojego wniosku zamawiający stanął na stanowisku, że przedmiotowe zamówienie, jako nierozzerwalnie związane z budową polskiego odcinka gazociągu Polska – Litwa w bezpośredni sposób wpływa na interes publiczny nie tylko w ujęciu krajowym, ale też w ujęciu międzynarodowym. Podkreślił, że interes publiczny ma w tym przypadku wymiar nie tylko społeczno-gospodarczy, lecz również ekonomiczny. Budowa tego odcinka gazociągu umożliwi realizację nowych przyłączy do sieci przesyłowej i przyczyni się do rozwoju systemu przesyłowego na nowych terenach. Opóźnienie oddania do eksploatacji gazociągu będzie mieć negatywny wpływ gospodarczy w skali makroekonomicznej. W jego ocenie w interesie publicznym jest wywiązanie się zamawiającego z planów inwestycyjnych w terminie. Nie bez znaczenia dla oceny sytuacji ma zarówno realna groźba utraty przez niego dofinansowania unijnego, jak też narażenie się na odpowiedzialność odszkodowawczą oraz utratę korzyści w przypadku opóźnienia w realizacji GIPL. Wskazał przy tym, że koszty te będą musiały zostać odzwierciedlone w taryfie przesyłowej, co sprawi, że poniesione zostaną przez wszystkich konsumentów gazu ziemnego w kraju.

Reasumując, w ocenie zamawiającego negatywne skutki dla interesu publicznego wynikające z opóźnień w dostawie rur dla GIPL w kontekście jej priorytetowego celu są znaczące i w niezaprzeczalny sposób przewyższają ewentualne korzyści związane z koniecznością ochrony interesów wskazanych w odwołaniu.

Jedynie na marginesie zamawiający dodał, że aktualna sytuacja związana z pandemią koronawirusa stanowi dodatkowe zagrożenie dla terminowej realizacji GIPL, a każdy dzień zwłoki w zawarciu umowy na dostawę rur zwiększa to ryzyko.

Do przedmiotowego wniosku zamawiający dołączył: treść zaproszenia do składania ofert, protokół postępowania, informację o wyniku postępowania przetargowego, kopię odwołania, kopia pisma Borusan Mannesmann Boru Sanayi ve Ticaret A.S. z dnia 2 marca 2020 r. oraz mail przedstawiciela Borusan Mannesmann Boru Sanayi ve Ticaret A.S. z dnia 9 kwietnia 2020 r. dotyczący terminów dostaw rur.

Biorąc pod uwagę okoliczności przedstawione we wniosku, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp: *W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”.*

Z kolei przepis art. 183 ust. 2 Pzp stanowi, iż: *Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, 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.*

Z powołanych powyżej przepisów wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Uzasadnia go wyłącznie nadzwyczajna sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności.

Zamawiający powinien wykazać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania.

Rozpoznając złożony w przedmiotowym postępowaniu wniosek, Izba stwierdziła, że wskazane przez zamawiającego okoliczności nie uzasadniają uchylecia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że skład orzekający Izby rozpoznając wniosek zamawiającego miał świadomość znaczenia całej inwestycji dla unijnego rynku energetycznego oraz złożoności i poziomu skomplikowania całego procesu inwestycyjnego zmierzającego do powstania gazociągu. W związku z tym argumentacja zamawiającego w tym zakresie nie była kwestionowana. Jednakże argumentacja zaprezentowana we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przedstawiała taki stan, który sugerował, że niezwarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu stanowi w zasadzie jedyną okoliczność mogącą spowodować opóźnienie w realizacji inwestycji. Skład orzekający zauważył, że już z samego wniosku wynikało, iż na sukces całego ogromnego przedsięwzięcia jakim jest budowa przedmiotowego gazociągu składa się szereg innych działań. W tym kontekście warto przytoczyć argumenty zawarte w pkt 2.1 wniosku, z którego wynika, że w chwili obecnej prowadzone są rozmowy lub negocjowane są umowy/porozumienia związane z przyłączeniem nowych odbiorców do GIPL na terenie Polski oraz wyjaśnienia zamawiającego wskazujące na to, że równolegle trwa postępowanie na roboty budowlane, które dotyczy południowego odcinka GIPL. Zamawiający we wniosku nie wyjaśnił na jakim etapie jest ww. postępowanie na roboty budowlane i w związku z tym nie wiadomo czy w tym obszarze nie zostały stwierdzone zagrożenia dla terminowej realizacji inwestycji.

Nie miały także znaczenia w ocenie Izby argumenty zamawiającego dotyczące źródła finansowania budowy gazociągu czy też harmonogramu jego realizacji. Zamawiający wskazał we wniosku, iż status PCI jaki posiada GIPL skutkuje tym, że i tak zostanie on zrealizowany ponieważ rozporządzenie TEN-E jak i dyrektywa gazowa przewidują w takim zakresie odpowiednie narzędzia (*vide* pkt 3.1 wniosku). Ponadto z informacji wskazanej we wniosku wynika, że GIPL został wpisany na listę PCI już w 2013 r. w związku z tym mając na uwadze tę informację oraz złożoność całej inwestycji należy się domyślać, iż jego realizacja została przewidziana w długim okresie czasu, stąd też można pokusić się o pytanie dlaczego tak kluczowe dla całej inwestycji zamówienie zostało wszczęte i procedowane dopiero w przedostatnim roku przewidzianym na jej wykonanie. Zamawiający nie przedstawił we wniosku przyczyn tak późnego wszczęcia postępowania w stosunku do realizacji inwestycji. Dodatkowo z wniosku wynika, że umowa grantowa, z której wynika dofinansowanie GIPL była już wcześniej aneksowana, a sam projekt GIPL pierwotnie powinien zostać wykonany do początku 2020 r., niemniej termin jego realizacji został przesunięty do końca 2021 r. z powodu zmiany jego trasy na terenie Polski. Powyższe oznacza, że termin realizacji inwestycji nie ma charakteru niezmiennego i w zależności od okoliczności może się zmienić.

Izba nie wzięła pod uwagę także stanowiska zamawiającego odnoszącego się do interesu publicznego oraz zobowiązań międzynarodowych. Zamawiający odniósł się do interesu publicznego zarówno w ujęciu polskim jak i unijnym. Jak wskazano powyżej ramy instytucjonalno-prawne w jakich osadzony jest GIPL przewidują narzędzia, które pozwalają uznać, że projekt i tak zostanie realizowany. W związku z tym negatywne skutki niezawarcia umowy dla interesu publicznego sprowadzają się do wymiaru ekonomicznego. Wymiaru tego nie można bagatelizować i w okolicznościach przedstawionych przez zamawiającego negatywne skutki dla interesu publicznego z tego powodu mogą nastąpić, jednakże Izba stanęła na stanowisku, iż zamawiający nie wykazał, że negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższałyby korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów. Zamawiający zaprezentował argumentację, która sugerowała, że mogące powstać ewentualne opóźnienia będą miały charakter przewlekły lub wielomiesięczny. Natomiast obecny stan sprawy pozwala przyjąć założenie, że w wyniku działań podjętych wcześniej przez zamawiającego, zmierzających do odrębnego procedowania zamówienia na dostawy od zamówienia na roboty budowlane, uda się wyeliminować ryzyko powstania opóźnienia realizacji inwestycji w związku z zamówieniem na dostawy lub będzie ono znikome w stosunku do całości inwestycji. Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, może być stosowana w okolicznościach szczególnych oraz gdy spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 183 ust. 2 Pzp, nie budzi żadnych wątpliwości. Podkreślić należy, że składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, to zamawiający ma obowiązek wykazać przewagę negatywnych skutków dla interesu publicznego w porównaniu do korzyści związanych z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, zamawiający nie wykazał, iż brak możliwości podpisania umowy z wykonawcą wyłonionym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w postępowaniu, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Dodać również należy, że na etapie rozpatrywania wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu, Izba nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Nie rozpatruje też zawartych w nim zarzutów, a jedynie ocenia wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wykonawcy składającego środki ochrony prawnej). Zatem, na ocenę w przedmiocie zasadności wniosku złożonego przez zamawiającego, nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu twierdzenia zamawiającego o bezzasadności zarzutów odwołania.

Z uwagi na powyższe, Izba, na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp, postanowiła jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....