

POSTANOWIENIE
z dnia 11 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 11 grudnia 2017 r. wniosku z dnia 5 grudnia 2017 r. (wpływ do Izby 6 grudnia 2017 r.) o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Gminę Daszyna** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie w formule zaprojektuj i wybuduj dokumentacji projektowej i robót budowlanych dotyczących elektrociepłowni opalanej słomą Daszyna”

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Uzasadnienie

5 grudnia 2017 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz 6 grudnia 2017 r. pisemnie zamawiający – Gmina Daszyna złożył wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na „wykonanie w formule zaprojektuj i wybuduj dokumentacji projektowej i robót budowlanych dotyczących elektrociepłowni opalanej słomą Daszyna” przed rozstrzygnięciem odwołania wniesionego 4 grudnia 2015 r. przez wykonawcę Control Process EPCI Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2566/17).

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, iż 2 września 2017 r. przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu. W postępowaniu zostały złożone oferty dwóch wykonawców: Control Process EPCI Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z ceną ofertową 67.245.307,38 zł oraz Garant-Filter GmbH z siedzibą w Lahr (Niemcy) z ceną ofertową 49.641.545,34 zł. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 45.774.000,00 zł, z czego 26.592.009,09 zł ze środków własnych, tj. budżetu gminnego

i środków krajowych, natomiast kwota 19.181.990,91 zł, tj. nie więcej niż 47,01% kosztów netto zadania, stanowić miała dofinansowanie rządu Republiki Federalnej Niemiec udzielane za pośrednictwem instytucji finansującej Banku KfW z siedzibą w Bonn.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż jest to już trzecie postępowanie mające na celu udzielenie przedmiotowego zamówienia, ponieważ dwa poprzednie postępowania prowadzone w latach 2016 i 2017 zostały unieważnione ze względu na brak wystarczających środków na realizację zamówienia, tym razem instytucja finansująca wyraziła zgodę na podniesienie finansowania do wartości 50% jej wartości netto. Dzięki temu Zamawiający mogła zakończyć postępowania przez wyłonienie wykonawcy.

W wyniku badania i oceny ofert za najkorzystniejszą została uznana złożona przez Garant-Filter GmbH. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty 24 listopada 2017 r. uzyskując prawo do zawarcia umowy po upływie 10 dni licząc od dnia zawiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. najwcześniej 5 grudnia 2017 r. 4 grudnia 2017 r. w godzinach wieczornych wykonawca przesłał zamawiającemu kopię odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej, zatem Zamawiający realnie mógł zapoznać się z treścią odwołania dopiero 5 grudnia 2017 r.

Zamawiający podkreślił, iż przedmiot tego zamówienia objęty jest zakresem zadań własnych samorządu gminnego, a więc Gminy Daszyna na obszarze jej funkcjonowania. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym do zadań własnych samorządu gminnego należy zaspokojenie potrzeb wspólnoty w zakresie m.in. zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą. Planowana kogeneracja już sama w sobie jest źródłem przyszłych oszczędności ekonomicznych, ale przede wszystkim jest korzystna pod względem ekologicznym podwójnie: ze względu na efektywniejsze wykorzystanie ciepła w porównaniu do klasycznego rozdzielnego sposobu wytwarzania tych rodzajów energii, a ponadto źródłem ciepła w tym przedsięwzięciu ma być biomasa w postaci słomy, czyli ekologiczne paliwo odnawialne. Takie przedsięwzięcia korzystają ze statusu celu publicznego na gruncie ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami na podstawie art. 6 pkt 3 i 4 jako odpowiednio: urządzenia służące do przesyłania lub dystrybucji płynów, pary, gazów i energii elektrycznej, a także inne obiekty i urządzenia niezbędne do korzystania z tych przewodów i urządzeń; budowa oraz utrzymywanie obiektów i urządzeń służących ochronie środowiska. W opinii Zamawiającego, jako zadanie własne samorządu gminnego oraz z uwagi na uznanie doniosłości takich inwestycji jako celu publicznego na gruncie ustawy o gospodarce nieruchomościami, uzasadnia stwierdzenie, iż budowa elektrociepłowni opalanej słomą Daszyna sama w sobie leży w szeroko pojętym interesie publicznym.

Zamawiający abstrahuje tu od samej korzyści ekonomicznej, która ewentualnie przypadnie podmiotowi publicznemu, jakim jest Gmina Daszyna, a polegającym na szansie

sfinansowania tej inwestycji w połowie z bezzwrotnej dotacji rządu Republiki Federalnej Niemiec. Najistotniejsze jest to, iż bez tego dofinansowania inwestycja ta nie powstanie, ponieważ Gminę Daszyna nie będzie stać na samodzielnie poniesienie kosztów tej inwestycji. Zamawiający pod sankcją utraty przedmiotowego dofinansowania zobowiązany jest do rozpoczęcia dofinansowywanego przedsięwzięcia, przez co rozumie się podpisanie umowy o zamówienie publiczne. Tak więc, w przypadku nieuchylenia zakazu wynikającego z art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający na skutek upływu terminu umownego na zawarcie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia utraci dofinansowanie i nie będzie mógł zlecić tej istotnej publicznie inwestycji.

Ze względu na cenę ofertową zaoferowaną przez Odwołującego przewyższającą istotnie środki, które Zamawiający może przeznaczyć na przedmiotowe zamówienie oraz ewentualny upływ terminu Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie będzie w stanie udzielić tego zamówienia wykonawcy Control Process EPCI Spółka z o.o., który złożył odwołanie. Stąd w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie posiada interesu, który zasługiwałby na ochronię w drodze instytucji zakazu zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Jednocześnie Zamawiający wystąpił do banku KfW z prośbą o kilkudniową prolongatę terminu zawarcia umowy z wykonawcą. Po wstępnej ustnej konsultacji z bankiem ustalono, że ewentualna prolongata może dotyczyć jedynie terminu niezbędnego na rozpatrzenie niniejszego wniosku przez Prezesa KIO.

Z tych powodów, w przekonaniu Zamawiającego, zachodzi przesłanka do wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku kończącego postępowanie odwoławcze.

Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia takiej umowy o udzielenie zamówienia publicznego do chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę (art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, a z drugiej strony także interes zamawiającego (finanse publiczne) poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania przetargowego w kwestionowanym zakresie – skoro już na tym etapie pojawiły się wątpliwości co do poprawności działania zamawiającego, które może potencjalnie doprowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu i tym samym spowodować negatywne konsekwencje dla finansów publicznych, jak na przykład utrata dofinansowania. Jako wyjątek art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega więc stosowaniu zgodnie z zasadami przewidzianymi dla wyjątków, czyli ściśle

i z zachowaniem ostrożności przy ustalaniu możliwości ich zastosowania w danym stanie faktycznym.

Przepis art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Konieczne jest zatem wykazanie, że niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony ww. interesów.

Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego przedstawioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz zarzuty odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał w niniejszym przypadku, iż niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony ww. interesów.

Argument Zamawiającego, iż jedynie cena wybranej oferty mieści się w granicach możliwości finansowych Zamawiającego, nie jest wystarczającą podstawą uchylenia zakazu zawarcia umowy w rozumieniu art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 189 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby i termin ten co do zasady jest dotrzymywany. W złożonym wniosku Zamawiający nie wykazał przekonująco, w jaki sposób ów 15-dniowy termin może wpłynąć negatywnie na planowaną inwestycję. Jak wyjaśnił Zamawiający, instytucja finansująca zamówienie wyraziła zgodę na odroczenie terminu zawarcia umowy do czasu rozpatrzenia odwołania przez Izbę.

Dopiero z dodatkowych informacji przesłanych przez Zamawiającego 8 grudnia 2017 r. wynika, że bank KfW aprobeuje przedłużenie terminu zawarcia umowy nie na okres rozstrzygnięcia odwołania, lecz jedynie do 11 grudnia 2017 r., przy czym do 12 grudnia 2017 r. muszą być spełnione wszystkie wymagania dotyczące wypłat, do tego nawet w tym wypadku bank nie gwarantuje, że płatność będzie możliwa do wykonania. Tym samym już w chwili obecnej jest przesądzone, że uchylenie zakazu zawarcia umowy nie gwarantuje zabezpieczenia interesu publicznego, o którym mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co więcej – na marginesie, gdyż jest to kwestia poboczna i nie przesądzająca o rozstrzygnięciu Izby – można również wnioskować, że skoro Zamawiający uzyskał dofinansowanie wewnętrzne, to z dużym prawdopodobieństwem (jest to powszechna procedura w takich przypadkach) może on utracić przyznane mu dofinansowanie w przypadku późniejszego stwierdzenia przez Izbę (w rozstrzygnięciu odwołania) lub instytucje kontrolne zawarcia umowy z wykonawcą, który podlegałby wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlegałaby odrzuceniu (czego dotyczą zarzuty odwołania), co mogłoby stanowić podstawę do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Izba postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: