

**Sygn. akt: KIO/W 53/20**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 lipca 2020 r. wniosku z 3 lipca 2019 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Antea Polska Spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach, „Pectore-Eco” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie (sygn. KIO 634/20) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „opracowanie projektów II aktualizacji planów gospodarowania wodami na obszarach dorzeczy (II aPGW) wraz z metodykami”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 245-603343

**postanawia:**

**uchylić zakaz zawarcia umowy.**

**Uzasadnienie**

3 lipca 2020 r. Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie złożył wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na „opracowanie projektów II aktualizacji planów gospodarowania wodami na obszarach dorzeczy (II aPGW) wraz z metodykami” przed rozstrzygnięciem odwołania wniesionego 23 marca 2020 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Antea Polska S.A., „Pectore-Eco” Sp. z o.o. oraz Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 634/20).

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe postępowanie zostało ogłoszone w grudniu 2019 r., w trybie przetargu nieograniczonego, na wynik którego,

ogłoszony 11 marca 2020 r., wpłynęło przedmiotowe odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W odwołaniu tym Odwołujący kwestionował następujące czynności Zamawiającego:

1. zaniechanie odtajnienia informacji, na podstawie których przyznane zostały punkty w kryteriach „konceptja opracowania” oraz „opis sposobu realizacji zamówienia”, a także innych informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, a złożonych przez pozostałych uczestników postępowania: CDM Smith Sp. z o.o.; wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Multiconsult Polska sp. z o.o., Arcadis Sp. z o.o., Hydroconsult Sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych; Arup Polska Sp. z o.o.;
2. zaniechania dokonania przez Zamawiającego rzetelnego badania oraz uzasadnienia wysokości punktacji przy ocenie ofert złożonych przez uczestników postępowania, w sposób zgodny z wymaganiami poszczególnych podkryteriów w ramach kryteriów oceny ofert, określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryteriów: „konceptja opracowania” – waga 42%, oraz „opis sposobu realizacji zamówienia” – waga 18%.

W związku z pandemią COVID-19 Krajowa Izba Odwoławcza czasowo zawiesiła rozpoznawanie spraw, co sprawiło, że pierwsze posiedzenie dotyczące ww. postępowania odwoławczego odbyło się 27 maja br. W sumie odbyły się 4 posiedzenia, które nie zakończyły się wyrokiem. Głównym wątkiem diskutowanym podczas rozpraw była zasadność utajnienia koncepcji opracowań, na podstawie których dokonywano oceny ofert. Po przeprowadzeniu 4 posiedzeń KIO postanowiła skierować sprawę do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w celu uzyskania prawidłowego rozwiązania systemowego w kwestii objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, na podstawie których jednocześnie dokonywana jest ocena ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert ustalonymi w zamówieniu przez Zamawiającego.

Do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, co może potrwać nawet kilka lat, Izba nie wyda wyroku w przedmiotowej sprawie będącej przedmiotem odwołania, a Zamawiający nie może w tym czasie zawrzeć umowy na realizację przedmiotu zamówienia. Tymczasem zobowiązania Polski związane z realizacją przedmiotu zamówienia, z uwagi na ich znaczącą istotność, czynią to zamówienie priorytetowym i wymagają niezwłocznego podjęcia jego realizacji.

W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowił skierować do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Jest to jedyne narzędzie, jakim obecnie dysponuje Zamawiający, które pozwoli na zawarcie umowy na realizację zamówienia przed ogłoszeniem wyroku przez KIO w przedmiotowej sprawie.

Zgodnie z treścią art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest wykazać, iż niezawarcie umowy w przedmiotowej sprawie prowadzi do powstania negatywnych skutków dla interesu publicznego, a skutki te przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający informuje, co następuje.

Plany gospodarowania wodami stanowią podstawę podejmowania decyzji kształtujących stan zasobów wodnych i zasady gospodarowania nimi w przyszłości. Potwierdzenie zgodności jakichkolwiek inwestycji infrastrukturalnych, finansowanych ze środków UE, wymaga odniesienia do aktualnego planu gospodarowania wodami. Terminowa realizacja aktualizacji planów (tj. w roku 2021) jest szczególnie istotna w wypełnieniu zobowiązań Polski w zakresie wdrażania dyrektywy 2000/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2000 r. ustanawiającej ramy wspólnotowego działania w dziedzinie polityki wodnej (tzw. Ramowej Dyrektywy Wodnej) oraz postanowień art. 318 i 319 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. – Prawo wodne (Dz. U. 2020 poz. 310, z późn. zm.). Zgodnie z Ramową Dyrektywą Wodną plany poddawane są cyklicznej, sześcioletniej aktualizacji i w obecnym cyklu muszą być przygotowane do 22 grudnia 2021 r. Na gruncie krajowym projekt zostanie przyjęty przez ministra właściwego ds. gospodarki wodnej w drodze rozporządzenia.

W związku z powyższym, aby dochować nieprzekraczalnych terminów wyznaczonych przez ww. dyrektywę, prace nad przygotowaniem dokumentów powinny rozpocząć się niezwłocznie. Do końca marca 2022 r. Polska zobowiązana jest przekazać raport z planów do Komisji Europejskiej. Brak wywiązania się z postanowień dyrektywy może skutkować poważnymi konsekwencjami dla kraju, w tym wszczęciem przed KE postępowania w sprawie naruszenia prawodawstwa UE. Poza możliwością wszczęcia procedury o naruszenie prawa UE, znacznie poważniejsze konsekwencje poniosą różni użytkownicy wód.

Konsekwencje związane z brakiem II aPGW są niezwykle poważne i będą mieć negatywne skutki dla interesu publicznego, a zwłaszcza na działania wymagające uzyskania zgody wodnoprawnej (w tym pozwolenia wodnoprawnego). Ustawa Prawo wodne szczegółowo określa rodzaje działalności/przedsięwzięć wymagających uzyskania takiego pozwolenia. Należy podkreślić, że wśród nich znajdują się m.in.: wykonanie budowli przeciwpowodziowych, wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi albo do urządzeń kanalizacyjnych, pobór wód podziemnych lub wód powierzchniowych, wykonanie urządzeń wodnych. Rocznie prowadzi się ok. 30.000 spraw o udzielenie pozwolenia wodnoprawnego. O wydanie decyzji wnioskuje nie tylko zakłady przemysłowe, przedsiębiorcy, użytkownicy, ale także Polskie Koleje Państwowe i Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad – głównie w kwestii odprowadzania wód opadowych i roztopowych z dróg krajowych/obszaru

kolejowego (średnio dla obu podmiotów ok. 650 pozwoleń rocznie). PGW Wody Polskie wydają tym podmiotom również deklaracje zgodności projektów infrastrukturalnych z wymaganiami Ramowej Dyrektywy Wodnej.

Brak obowiązujących, zaktualizowanych planów gospodarowania wodami w styczniu 2022 r. uniemożliwi wydawanie pozwoleń wodnoprawnych. Wynika to bowiem z faktu, że udzielone pozwolenie wodnoprawne nie może naruszać ustaleń planu gospodarowania wodami na obszarze dorzecza. Ustalenia planu gospodarowania wodami brane są pod uwagę na etapie wydawania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i ocenach wodnoprawnych, a także przy wydawaniu ww. deklaracji, tj. przy analizowaniu wpływu danego przedsięwzięcia na możliwość osiągnięcia celów środowiskowych, o których mowa w art. 56, art. 57, art. 59 i art. 61 ustawy Prawo wodne. Dlatego też niezwykle ważne jest, aby wydając odpowiednią decyzję bazować na aktualnym i kluczowym dla gospodarki wodnej dokumencie, w którym określone są m.in. charakterystyki wód, cele środowiskowe i zgody na odstępstwa od ich osiągnięcia – na kolejny sześcioletni okres planistyczny.

Brak sporządzenia planu gospodarowania wodami nie stanowi wyłącznie problemu wielu instytucji w Polsce, czy samego Państwa, ale uderza bardzo silnie w interes publiczny (w zabezpieczenie przeciwpowodziowe kraju, gospodarkę wodno-ściekową, transport drogowy i kolejowy, zakłady produkcyjne) i różne grupy interesariuszy (przedsiębiorców, rolników, użytkowników wód). Dokumenty mające być produktem w przedmiotowym postępowaniu stanowią podstawę podejmowania decyzji kształtujących stan zasobów wodnych i zasady gospodarowania nimi w przyszłości. Ponadto służą m.in. koordynowaniu działań mających na celu osiągnięcie lub utrzymanie co najmniej dobrego stanu wód oraz ekosystemów od wody zależnych, poprawę stanu zasobów wodnych, poprawę możliwości korzystania z wód, zmniejszenie ilości wprowadzanych do wód lub do ziemi substancji mogących negatywnie oddziaływać na wody, poprawę ochrony przeciwpowodziowej oraz przeciwdziałanie skutkom suszy. Cykliczne opracowanie planów gospodarowania wodami jest szczególnie istotne zwłaszcza w kontekście zmieniającego się klimatu, którego skutki mają wpływ na warunki hydrologiczne (susze, deszcze nawalne, podtopienia, powodzie). Gwałtowne zjawiska klimatyczne wymuszają najczęściej podjęcie natychmiastowych działań przez władze samorządowe i rządowe, jak np. konieczność zapewnienia wsparcia rolnikom w związku z długotrwałą suszą. W roku 2020 r. została uruchomiona pomoc finansowa na operacje typu „Modernizacja gospodarstw rolnych” w ramach poddziałania „Wsparcie inwestycji w gospodarstwach rolnych” objętego Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014-2020. W ramach tego obszaru wsparcia rolnicy będą mogli realizować operacje polegające na wykonaniu nowego nawodnienia czy modernizacji istniejącej instalacji nawadniającej w celu oszczędności wody. Warunki i kryteria uzyskania tego wsparcia finansowego odnoszą się również do ustaleń zawartych w planie gospodarowania wodami

w zakresie stanu jednolitych części wód. Ponadto, w zależności od rodzaju realizowanej inwestycji, beneficjenci (rolnicy) muszą przedłożyć odpowiednią dokumentację, tj. pozwolenie wodnoprawne lub zgłoszenie wodnoprawne, których wydanie także związane jest z postanowieniami planów gospodarowania wodami.

Zabezpieczenie istnienia zdatnych do użytku przez człowieka zasobów wodnych bezsprzecznie leży w interesie publicznym, ponieważ radykalnie oddziałuje na jakość życia, zdrowie i dobrostan niezwykle szerokiej grupy osób, w tym przyszłych pokoleń. Zabezpieczenie zasobów wodnych dla obszaru całego kraju, dotyczące co najmniej kilkudziesięciu milionów osób, w sposób zdecydowany i oczywisty przewyższa 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.

Okres planistyczny 2021-2027 jest szczególnie ważny, zwłaszcza wobec braku zmiany przepisów Ramowej Dyrektywy Wodnej i tym samym konieczności osiągnięcia celów środowiskowych najpóźniej do 2027 r.

Brak realizacji II aPGW skutkować będzie zarówno na gruncie krajowym (brak możliwości odniesienia się do aktualnego dokumentu, w oparciu o ustalenia którego wydawane są decyzje administracyjne), jak i naruszeniem prawa UE, co ma szczególne znaczenie w kontekście planowanej przez Rząd RP rozbudowy infrastruktury. Co najbardziej istotne w kontekście przedmiotowej sprawy, naruszony zostanie w sposób poważny interes publiczny polegający na dbaniu o dostęp społeczeństwa do dobrej jakości i ilości zasobów wodnych.

PGW WP nie dysponują środkami własnymi w takiej wysokości, które umożliwiłyby finansowanie przedmiotu zamówienia. Również finansowanie tego zadania z budżetu państwa wydaje się niemożliwe z uwagi na priorytetowe zadania Rządu wynikające m.in.: z pandemii COVID-19, zapobieganiu klęsk żywiołowych.

**Po zapoznaniu się z przedmiotowym wnioskiem Izba stwierdziła, iż istnieją podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy.**

Institucja 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 (odwołującego), a z drugiej strony także interes zamawiającego (oraz finansów publicznych i zadań Państwa, które reprezentuje i wykonuje) poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 zamawiającego i dla finansów publicznych oraz zadań Państwa.

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.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie istnieją podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy, a Zamawiający przekonująco uzasadnił potrzebę zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze – w szczególności w stosunku do długiej perspektywy uzyskania wyroku Izby związanej z oczekiwaniem na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego przedstawioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba stwierdziła, że Zamawiający wykazał, iż niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony interesów wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia, wnoszących przedmiotowe odwołanie.

Argumenty Zamawiającego odnoszące się do konieczności sporządzenia projektów II aktualizacji planów gospodarowania wodami na obszarach dorzeczy wraz z metodykami, będących przedmiotem niniejszego zamówienia, jako wstępnego etapu aktualizacji planów gospodarowania wodami, są przekonujące i stanowią wystarczającą podstawę 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, z zastrzeżeniem art. 14 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. terminu upływającego w sobotę lub dzień wolny od pracy, i termin ten co do zasady jest dotrzymywany. Jednak w niniejszym przypadku zaszły dwie okoliczności: po pierwsze zawieszenie posiedzeń Izby z udziałem stron na okres od 16 marca do 25 maja 2020 r. oraz decyzja składu orzekającego o skierowaniu do Trybunału

Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytań prejudycjalnych dotyczących przedmiotowej sprawy. Według dotychczasowych doświadczeń Izby najkrótszy czas, w jakim można oczekiwać orzeczenia Trybunału, to półtora roku. Jest to zbyt długi okres, by odroczyć wykonanie przedmiotowego zamówienia, które, zgodnie z wymogami prawa unijnego i prawa krajowego, powinno być wykonane we wskazanym przez Zamawiającego w uzasadnieniu terminie przekazania raportów z planów do Komisji Europejskiej.

Ponadto, jak wskazał Zamawiający, sporządzenie przedmiotowych aktualizacji planów gospodarowania wodami w wymaganym terminie ma istotne znaczenie dla prowadzenia inwestycji infrastrukturalnych finansowanych ze środków UE, jak też innych inwestycji i działań podejmowanych przez podmioty publiczne, oraz dla licznych podmiotów prywatnych korzystających z planów gospodarowania wodami w związku z wymaganiami administracyjnymi. Zatem zaniechanie terminowego sporządzenia aktualizacji planów gospodarowania wodami, którego wstępnym elementem jest opracowanie przez wykonawców wybranych w niniejszym przetargu projektów II aktualizacji planów gospodarowania wodami na obszarach dorzeczy wraz z metodykami, może mieć znaczące negatywne skutki finansowe i administracyjne nie tylko dla Zamawiającego, ale i dla licznych innych podmiotów.

Co zaś do interesów wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia, wnoszących przedmiotowe odwołanie – w przypadku ewentualnego późniejszego stwierdzenia przez Izbę w wyroku słuszności postawionych Zamawiającemu zarzutów – przysługują im roszczenia odszkodowawcze wobec Zamawiającego, co wynika z artykułu 2 ust. 1 lit. c dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zawierającym „Wymogi dotyczące procedur odwoławczych” i stanowiącym, iż państwa członkowskie zapewniają wprowadzenie do procedur odwoławczych odpowiednich środków obejmujących prawo do przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia.

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:** .....