

**Sygn. akt: KIO/W/41/20**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 8 czerwca 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 8 czerwca 2020 r. w Warszawie, wniosku z dnia 3 czerwca 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Energetykę Ciepłą Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach przy ul. Przemysłowej 2 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na pt. „Rozbudowa EC Sp. z o.o. w Skierniewicach o wysokosprawny blok kogeneracyjny oparty na silnikach gazowych”

**postanawia:**

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

.....

### **Uzasadnienie**

W piśmie z dnia 2 czerwca 2020 r. (data wpływu: 3 czerwca 2020 r.) Energetyka Ciepła Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach przy ul. Przemysłowej 2 (dalej: „zamawiający”), powołując się na art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, wystąpiła z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu pt. „Rozbudowa EC Sp. z o.o. w Skierniewicach o wysokosprawny blok kogeneracyjny oparty na silnikach gazowych”

W uzasadnieniu ww. wniosku zamawiający wskazywał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację ww. zadania inwestycyjnego zostało zakończone w dniu 19 maja 2020r. Wniesienie odwołania, skutkować będzie opóźnieniem w podpisaniu i rozpoczęciu realizacji zamówienia, co w istotnym stopniu zagraża interesowi publicznemu. Zagrożony jest również termin realizacji zamówienia wynikający z zawartych umów oraz zobowiązań wobec Miasta.

Uzasadniając zagrożenie interesu publicznego i konieczność jego ochrony, Zamawiający wskazywał, że jest zobowiązany zrealizować przedmiot umowy do dnia 31 stycznia 2022 r. W celu realizacji tego zadania (przyspieszenia osiągnięcia ww. celów) Zamawiający podjął szereg działań oraz pozyskał wymagane decyzje, m.in.:

1. EC Skierniewice posiada podpisaną umowę przyłączeniową do sieci gazowej nr LSP/UIP/28758/2017 z dnia 30.03.2017r. wraz z aneksem nr 1 z dnia 7.05.2018 r. w której ustalony został termin budowy instalacji gazowej przez EC Skierniewice do 52 miesięcy liczony od daty zawarcia umowy, tj. do 30.06.2021r.
2. PSG Sp. z o.o. zgodnie z zapisami wyżej wymienionej umowy, w lipcu 2019 roku wbudowała przyłączy gazowe wraz ze stacją redukcyjną gazu dla projektowanego bloku kogeneracyjnego umiejscowionego na terenie EC Skierniewice, ul. Przemysłowa 2.
3. PSG Sp. z o.o. wybudowała/przebudowała sieć gazową służącą do transportu gazu na potrzeby instalacji bloku kogeneracyjnego.
4. EC Skierniewice Sp. z o.o. posiada prawomocną decyzję pozwolenia na budowę budynku bloku kogeneracyjnego opartego na silnikach gazowych wraz z infrastrukturą wewnętrzną i doziemną instalacją wodociągowa, kanalizacyjną, elektryczną, gazową i ciepłowniczą — nr decyzji 285/2018 z dnia 4.10.2018 r.
5. EC Skierniewice posiada podpisaną umowę przyłączeniową do sieci dystrybucyjnej energii elektrycznej nr 6827/10/2016 z dnia 30.09.2016 r. wraz z aneksami nr 1 z dnia

25.09.2019 r. oraz nr 2 z dnia 27.04.2020 r. w której ustalono termin dostarczenia po raz pierwszy do sieci PGE Dystrybucja S.A. energii elektrycznej wytworzonej przez instalacje EC Skierniewice do dnia 30.11.2021 r.

6. PGE Dystrybucja S.A. zgodnie z zapisami wyżej wymienionej umowy jest na etapie zakończenia uzgodnień dotyczących przebudowy infrastruktury elektroenergetycznej złącza kablowego średniego napięcia zasilającego EC Skierniewice.

Zamawiający wskazywał, że realizacja zadania jest dofinansowana ze środków publicznych. W dniu 16 grudnia 2019 r. Zamawiający podpisał Umowę nr POliŚ 01.06.01-0026/19-00 z NFOŚiGW na kwotę 14 904 183,77 zł z terminem realizacji rozliczenia środków na dzień 31 stycznia 2022 r. Dodatkowo, Zamawiający podpisał umowę o pożyczkę, którą zawarł w dniu 18 maja 2020 r, na kwotę 12 861 872,52 zł, z terminem realizacji rozliczenia środków na 31 stycznia 2022 r. Brak realizacji zamówienia w tym terminie grozi utratą dofinansowania. Przesunięcie terminu realizacji zadania i terminu rozliczenia finansowania nie jest praktycznie możliwe, z uwagi na wymagania programów i planów dotyczące osiągnięcia efektywności energetycznej.

Zamawiający wyjaśniał również, że pilna konieczność realizacji zadania - a co za tym idzie konieczność podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego przed rozstrzygnięciem odwołania - wynika też z faktu, że poprzednie postępowanie na realizację ww. zamówienia zostało unieważnione w wykonaniu wyroku KIO z dnia 9 marca 2020 r. sygn. akt KIO 364/2020. Postępowanie to zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

Uzasadniając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający dodatkowo wskazywał, że zadanie to jest skorelowane z innymi już wykonanymi przedsięwzięciami mającymi na celu osiągnięcie efektywnego systemu ciepłowniczego, m. in. w celu zaspokojenia potrzeb ogrzewania i dostaw ciepłej wody użytkowej dla mieszkańców miasta jak również dostosowania procesu produkcyjnego do wymagań Dyrektyw unijnych LCP oraz Konkluzji BAT, Zamawiający realizuje budowę Instalacji Odsiarczania Spalin.

Zdaniem zamawiającego w świetle powyższego, nie zawarcie umowy na realizację kogeneracji spowoduje zagrożenie realizacji celu zamówienia oraz zagrożenie ważnego interesu publicznego i społecznego ze względu na:

1. brak realizacji wdrożenia polityk krajowych i Unii Europejskiej, w szczególności w zakresie poprawy efektywności energetycznej sektora energetyki oraz zmniejszenia jego wpływu na stan środowiska naturalnego;
2. brak realizacji celów Planu ograniczenia niskiej emisji dla miasta Skierniewice tj. poprawy jakości powietrza w mieście poprzez zmniejszenie ilości pyłów PM5 i PM10
3. brak realizacji Strategii Rozwoju Miasta Skierniewice,

4. brak realizacji Polityki energetycznej Polski do 2030 r. przez realizację jej celów zwiększenie sprawności wytwarzania energii elektrycznej oraz wzrost produkcji energii elektrycznej wytwarzanej w technologii wysokosprawnej kogeneracji,
5. brak realizacji polityki energetycznej i założeń powołanego przez Urząd Miasta Skierniewice i spółki komunalne Skierniewickiego Klastra Energii
6. zwrot uzyskanej dotacji spowodowany brakiem możliwości realizacji zadania w wyznaczonym terminie;
7. brak możliwości pozyskania kolejnych środków na realizację wskazanych celów i interesu publicznego spowodowany m.in. brakiem odpowiednich konkursów i programów, zakończeniem okresu finansowania ze środków UE na lata 2014-2020 oraz trudną sytuacją finansową Spółki spowodowaną już rozpoczętymi inwestycjami związanymi z ochroną środowiska;

**W oparciu o treść złożonego przez zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba zważyła, co następuje: wniosek zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.**

Zgodnie z przepisem art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp 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.

Przywołana norma wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, czy brak udzielenia zamówienia przed rozpoznaniem przez Izbę odwołania spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie Pzp przyjmuje się rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku

publicznego. Wskazane powyżej przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy zamawiający obowiązany jest wykazać w treści złożonego wniosku.

Izba, odnosząc się do treści złożonego wniosku, nie przychyliła się do argumentacji zamawiającego uznając, że nie zostały wypełnione przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu, o których stanowi art. 183 ust. 2 Pzp.

Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli jej niezawarcie mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, 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.

Izba wskazuje, że art. 183 ust. 2 Pzp stanowi wyjątek od zasady obowiązku powstrzymania się przez zamawiającego z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy pamiętać, że wyjątek od tej zasady nie może być interpretowany rozszerzająco.

W ocenie Izby zamawiający w treści złożonego wniosku nie wykazał wypełnienia przywołanych przesłanek ustawowych skutkujących uchyleniem przez Izbę zakazu zawarcia umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że uzyskanie dofinansowania ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie, ani też wskazywane przez Zamawiającego podpisane umowy nie są bowiem w tym przypadku okolicznością, uzasadniającą uchylenie zakazu zawarcia umowy. Zasady przyznania takich środków są uregulowane prawnie i dotyczą tysięcy podmiotów w Polsce, które muszą, przewidywać ewentualne uzyskanie tych środków, zaś zamawiający zobowiązany jest tak zorganizować postępowanie, aby wywiązać się z terminów wskazanych w umowie o przyznaniu środków. Zdaniem Izby to na zamawiającym spoczywa obowiązek wszczęcia postępowania w takim terminie, który umożliwi zamawiającemu udzielenie zamówienia zgodnie z planem, uwzględniając jednocześnie uprawnienia wykonawców związanych z korzystaniem z środków ochrony prawnej. Zamawiający powinien bowiem liczyć się z faktem, że wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu będą korzystali ze środków ochrony prawnej w postaci złożonego odwołania, a w konsekwencji postępowanie może ulec przedłużeniu czy też unieważnieniu.

Również za nietrafną, z punktu zasadności uchylenia zakazu zawarcia umowy, Izba uznała argumentację Zamawiającego opierającą się na konieczności dostosowania źródła ciepła

do przepisów krajowych oraz unijnych, a w szczególności w celu wprowadzenia efektywnego systemu ciepłowniczego zapewniającego ochronę środowiska. Izba nie neguje konieczności przeprowadzenia ww. czynności ani również nie zaprzecza niewątpliwym korzyściom płynącym z realizacji zamówienia ale wskazuje, że ww. okoliczności nie stanowią skutecznych przesłanek do zastosowania przez Izbę tak wyjątkowego narzędzia jakim jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Podane okoliczności mające uzasadniać uchylenie zakazu zawarcia umowy, na jakie wskazał zamawiający w przedmiotowym wniosku, w ocenie Izby, nie są wystarczające dla stwierdzenia wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego i to takich, które znacznie przewyższałyby korzyści wynikające z ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....