

POSTANOWIENIE

z dnia 11 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Beata Konik

Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 11 maja 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 6 maja 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Gminę Nowodwór, Nowodwór 71A, 08-503 Nowodwór w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Instalacje solarne fotowoltaiczne oraz piece na pelet sposobem na produkcję energii dla mieszkańców Gminy Nowodwór, część II”

postanawia:

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

Uzasadnienie

Gmina Nowodwór, Nowodwór 71A, 08-503 Nowodwór, [dalej „zamawiający”], prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1919, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320), zwanej dalej: „NPzp”, pn. „Instalacje solarne, fotowoltaiczne oraz piece na pelet sposobem na produkcję energii dla mieszkańców Gminy Nowodwór, część II”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22.02.2021 r. nr 2021/S 036-089536.

6 maja 2021 r. zamawiający, na podstawie art. 578 ust. 1 NPzp, złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wniosek ten został złożony w związku z wniesieniem 6 maja 2021 r. odwołania przez wykonawcę Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa [dalej „odwołujący”].

Zamawiający wskazał, że wobec wniesionego odwołania zgodnie z art. 577 NPzp zamawiającego dotyczy zakaz zawarcia umowy. Jednak zamawiający, zgodnie z art. 578 ust. 1 NPzp, uważa, że nieuchylenie zakazu zawarcia umowy – do czasu ogłoszenia przez

Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze – spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony interesów uczestników postępowania odwoławczego.

Ze względu na długotrwałość postępowania odwoławczego zamawiający będzie mógł zawrzeć umowę w sprawie wykonania II części Projektu później, co może skutkować niemożnością dotrzymania przez wykonawcę terminów związanych z realizacją zamówienia. Zgodnie z założeniami przyjętymi przez Zamawiającego, termin końcowy wykonania umowy został bowiem określony w dokumentacji postępowania jednoznacznie.

Ponadto zamawiający jest beneficjentem umowy z 12.05.2020 r. zawartej z Województwem Lubelskim, która określa warunki dofinansowania Projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020 ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego Oś priorytetowa 4 Energia przyjazna środowisku, Działanie 4.1 Wsparcie wykorzystania OZE.

Zamawiający w związku z powyższym obawia się, że opóźnienie w zawarciu umowy z wyłonionym wykonawcą i niezrealizowanie projektu w terminie może spowodować wypowiedzenie umowy (§ 19 umowy) oraz utratę przez zamawiającego 2.090.802,00 zł dofinansowania, bowiem instytucja zarządzająca – Zarząd Województwa Lubelskiego może nie wyrazić zgody na zmianę warunków kontraktu i odmówić sfinansowania przypadających do realizacji w roku 2021 etapów części II Projektu. Następstwem tego będzie brak możliwości sfinansowania z własnych środków Zamawiającego zakupu i montażu 204 instalacji fotowoltaicznych. Zgodnie z § 2 projektu umowy z wykonawcą do końca II kwartału 2021 roku powinno być wykonane 65 instalacji fotowoltaicznych. Spowoduje to negatywne skutki dla interesu publicznego, a to interesu zamawiającego, który nie może realizować Projektu prowadzącego do poprawy środowiska na jego obszarze oraz interesu Beneficjentów końcowych tj. mieszkańców którzy od kilku lat oczekują na montaż instalacji. W 2017 r. zamawiający realizował przedsięwzięcie w zakresie dostawy i montażu 374 kompletów instalacji solarnych do przygotowania c.w.u. Zważywszy na niski poziom udziału własnego 15% liczba wniosków złożonych przez mieszkańców o montaż urządzeń OZE przekraczała znacząco tę zgłoszoną do dofinansowania. Spowodowało to szereg niesnasek. Obecny projekt przewiduje znacznie niższe dofinansowanie. Opóźnienie terminu zawarcia umowy spowoduje nasilenie się narastającego niekorzystnego odzewu społecznego – mieszkańcy uczestniczący w Projekcie oczekują od 2019 r. (data złożenia wniosku), a znaczna ich część od 2017 r. na założenie w ich gospodarstwach domowych instalacji.

Wykonawca, który złożył odwołanie do części II zamówienia zgodnie z informacją z otwarcia ofert znajduje się dopiero na czwartym miejscu w kolejności oceny ofert.

W opóźnieniu zawarcia umowy zamawiający widzi zagrożenie interesu publicznego w zakresie ochrony przyrody i stanu środowiska. Gmina Nowodwór usytuowana jest na

wysoczyźnie Żelechowskiej w okręgu Łukowsko-Siedleckim. Obszar gminy bezpośrednio przylega do granic Obszaru Chronionego Krajobrazu „Pradolina Wieprza”.

Uwarunkowania dotyczące obszarów chronionych zostały określone uchwałą nr XI/56/90 WRN w Lublinie z dnia 26 lutego 1990 r., a następnie znowelizowane rozporządzeniem Wojewody Lubelskiego nr 28 z dnia 2 czerwca 1998 r. w sprawie Obszarów Chronionego Krajobrazu na terenie województwa lubelskiego. Natomiast północna część gminy stanowi obrzeża projektowanego Adamowskiego Obszaru Chronionego Krajobrazu.

Ze względu na działalność mieszkańców gminy pojawiają się zmiany w środowisku przyrodniczym Gminy Nowodwór – spadek lesistości terenu, co kształtuje lesistość na poziomie 25,6%. W studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego Gminy Nowodwór założone jest, że utrzymanie lesistości w skali gminy powinno osiągnąć poziom około 30%. W latach siedemdziesiątych XX w. lasy zajmowały około 40% powierzchni gminy. Do zmniejszania się powierzchni zalesionej przyczyniają się mieszkańcy, w wyniku prowadzenia nieracjonalnej i wręcz rabunkowej gospodarki we własnych lasach w celu pozyskania drewna na produkcję energii w gospodarstwach domowych. Mieszkańcy Gminy nie dbają o to, aby do spalania wybierać drewno sezonowane, czyli pozostawione na pewien czas by wyschło. Drewno niesezonowane, które pozyskują z własnych lasów zawiera do 70% wody i w trakcie spalania wydziela bardzo dużo dymu i trujących substancji, a przede wszystkim szkodliwy smog.

W ocenie zamawiającego w świetle wyżej przytoczonych okoliczności została spełniona przesłanka art. 578 ust. 2 pkt 1 NPzp, stosownie do której Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy 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.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 NPzp uznała, że wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 NPzp, Krajowa Izba Odwoławcza może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

- 1) niezawarcie umowy 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;

2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od reguły wynikającej z art. 577 NPzp, wobec czego przepisy art. 578 NPzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Jak wynika z przywoływanego przepisu, dla zaistnienia przesłanki zawartej w art. 578 ust. 2 pkt 1 NPzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia. Z kolei dla zaistnienia przesłanki istniejącej w art. 578 ust. 2 pkt 2 NPzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Samo wspomnienie przez zamawiającego o tym, że oferta odwołującego znajduje się na dalekim miejscu pod względem cenowym bez żadnego uzasadnienia tego stwierdzenia nie może być uznane przez Izbę jako uprawdopodobnienie faktu, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Dlatego Izba stwierdziła, że zamawiający w swojej argumentacji przedstawionej we wniosku skoncentrował się na przesłance z art. 578 ust. 2 pkt 1 NPzp.

W ocenie zamawiającego „nieuchylenie zakazu zawarcia umowy – do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze – spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony interesów uczestników postępowania odwoławczego”.

Odnosząc się do treści wniosku, Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałby inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu.

W szczególności zamawiający nie przekonał Izby argumentami o tym, że niezawarcie umowy uniemożliwi wykonanie umowy w terminie określonym w specyfikacji warunków zamówienia [dalej swz]. Jednak zamawiający nie wziął pod uwagę kwestii, że w § 2 projektu umowy [stanowiącego załącznik nr 5b do swz] zamawiający wyznaczył termin wykonania zamówienia cyt. »w II, III i IV kwartale 2021 r. oraz w II i III kwartale w 2022 r. z zastrzeżeniem, iż realizacja [...] zostanie określona w harmonogramie rzeczowo-finansowym złożonym przez wykonawcę po podpisaniu umowy«. A więc termin wykonania zamówienia i jego poszczególnych etapów zostanie konkretnie określony po zawarciu umowy.

Ponadto zamawiający nie wykazał, że podjął próbę renegotjacji umowy (choć możliwość taka wynika z tej umowy) z instytucją zarządzającą – Zarządem Województwa Lubelskiego, a zamawiający wskazał tylko, że instytucja ta może nie wyrazić zgody na zmianę warunków kontraktu i odmówić sfinansowania przypadających do realizacji w roku 2021 etapów części

II Projektu. Tym samym zamawiający nie wykazał, że może rzeczywiście nie uzyskać spodziewanego dofinansowania w kwocie około 2 000 000 zł. W tym miejscu Izba zwraca uwagę na treść § 3 ust. 2 umowy, zgodnie z którym „Instytucja Zarządzająca może zmienić, w tym przedłużyć terminy realizacji Projektu na uzasadniony wniosek Beneficjenta, z zastrzeżeniem zasady n+3”. Zamawiający zupełnie tę okoliczność pominął, w tym zaniechał wyjaśnienia, czy zwrócił się do Instytucji Zarządzającej z takim wnioskiem.

Jednocześnie zamawiający nie wykazał, że opóźnienie w realizacji zamówienia [w zakładanym terminie] cyt. »spowoduje nasilenie się narastającego niekorzystnego odzewu społecznego – mieszkańcy uczestniczący w Projekcie oczekują od 2019 r. (data złożenia wniosku), a znaczna ich część od 2017 r. na założenie w ich gospodarstwach domowych instalacji« w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku.

Również zamawiający nie wykazał, że spadek powierzchni lasów w Gminie zostanie zahamowany, a nawet odwrócony, gdy zamawiający zawrze umowę o wykonanie instalacji fotowoltaicznych oraz pieców na pelet. Izba nie została przekonana, że w przypadku realizacji umowy mieszkańcy Gminy przestaną używać jako opału w piecach mokrego, niewysezonowanego drewna i że opalanie takim drewnem przyczynia się do tak znacznego zmniejszenia zalesienia Gminy [z ok. 40% w latach siedemdziesiątych XX w. do około 26% obecnie].

Niezależnie od powyższego zamawiający powinien wykazać, że będąc odpowiedzialnym za zorganizowanie postępowania przetargowego, wziął pod uwagę czas potrzebny do przeprowadzenia postępowania zamówieniowego, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez zamawiającego w sposób uzasadniający okoliczność, że przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 NPzp, uznając, że przesłanki do uchylecia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylecia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. poz. 1919, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....

.....