

Sygn. akt: KIO/W 42/20

POSTANOWIENIE
z dnia 8 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow

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 Zamawiających:

- A. Gminę Moszczenica, ul. Samorządowa 4, 38-321 Moszczenica,
- B. Gminę Biecz, ul. Rynek 1, 38-340 Biecz,
- C. Gminę Bobowa, ul. Bobowa 21, 38-350 Bobowa,
- D. Gminę Gorlice, ul. 11 Listopada 2, 38-300 Gorlice,
- E. Miasto Gorlice, ul. Rynek 2, 38-300 Gorlice,
- F. Gminę Lipinki, Lipinki 53, 38-305 Lipinki,
- G. Gminę Łużna, Łużna 634, 38-322 Łużna,
- H. Gminę Ropa, Ropa 733, 38-312 Ropa,
- I. Gminę Sękowa, Sękowa 252, 38-307 Sękowa,
- J. Gminę Uście Gorlickie, Uście Gorlickie 80, 38-315 Uście Gorlickie

w imieniu i na rzecz których postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zaprojektowanie, dostawę oraz wykonanie robót instalacyjnych związanych z dostawą i montażem instalacji do wytwarzania energii z OZE - zestawów paneli fotowoltaicznych, kolektorów słonecznych, pomp ciepła i kotłów na biomasę w ramach projektu współfinansowanego ze środków UE: „Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała – Ropa” w ramach Poddziałania 4.1.1 Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020” - prowadzi Gmina Moszczenica

postanawia:

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

Uzasadnienie

W dniu 3 czerwca 2020 r. Zamawiający:

- A. Gmina Moszczenica, ul. Samorządowa 4, 38-321 Moszczenica,
- B. Gmina Biecz, ul. Rynek 1, 38-340 Biecz,
- C. Gmina Bobowa, ul. Bobowa 21, 38-350 Bobowa,
- D. Gmina Gorlice, ul. 11 Listopada 2, 38-300 Gorlice,
- E. Miasto Gorlice, ul. Rynek 2, 38-300 Gorlice,
- F. Gmina Lipinki, Lipinki 53, 38-305 Lipinki,
- G. Gmina Łużna, Łużna 634, 38-322 Łużna,
- H. Gmina Ropa, Ropa 733, 38-312 Ropa,
- I. Gmina Sękowa, Sękowa 252, 38-307 Sękowa,
- J. Gmina Uście Gorlickie, Uście Gorlickie 80, 38-315 Uście Gorlickie

w imieniu i na rzecz których postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi Gmina Moszczenica (dalej: Zamawiający) wystąpili o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Zaprojektowanie, dostawę oraz wykonanie robót instalacyjnych związanych z dostawą i montażem instalacji do wytwarzania energii z OZE - zestawów paneli fotowoltaicznych, kolektorów słonecznych, pomp ciepła i kotłów na biomasę w ramach projektu współfinansowanego ze środków UE: „Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała – Ropa” w ramach Poddziałania 4.1.1 Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020” (nr postępowania: OA.271.100.2019).

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający w obszerny sposób uzasadnił przyczyny, dla których w jego ocenie trzy odwołania wniesione w postępowaniu podlegają oddaleniu. Zamawiający ponadto wskazał m. in.:

Utrzymanie zakazu zawarcia umowy ze względu na wniesienie odwołań całkowicie niezasadnych spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na rzecz dziesięciu gmin i miasta i dotyczy całych społeczności lokalnych. Z odnawialnych źródeł energii mają skorzystać konkretne gospodarstwa domowe. W ramach udzielonego zamówienia przewiduje się dostawę i montaż 2 413 instalacji odnawialnych źródeł energii na prywatnych budynkach. Poprawa warunków klimatycznych w regionie jest sprawą niecierpiącą zwłoki, a na to nie ma co liczyć, gdyby przyszło do czekania z udzieleniem zamówienia publicznego do czasu rozstrzygnięcia odwołań. Zdaniem Zamawiającego przewidziane w Pzp krótkie terminy

na rozstrzygnięcie odwołań wydają się obecnie mało realne, w związku z przeszło dwumiesięczną przerwą w pracy KIO i zaległościami z tym związanymi. Zaś dla Zamawiającego sprawa jest o tyle pilna, że zobowiązany jest do wydatkowania środków finansowych na realizację zamówienia do ściśle określonej, nieprzekraczalnej daty.

Zamawiający wyjaśniał, że przedmiotowe zamówienie realizowane jest w ramach projektu „Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii "Biała-Ropa" w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020, oś 4 Regionalna polityka energetyczna, działanie 4.1 Zwiększenie wykorzystania odnawialnych źródeł energii, poddziałanie 4.1.1 Rozwój Infrastruktury produkcji energii ze źródeł odnawialnych i finansowane ze środków Unii Europejskiej. Termin zakończenia Projektu przewidziano na dzień 31 grudnia 2020 r. Przedłużające się postępowanie odwoławcze uniemożliwi Zamawiającemu dotrzymanie wskazanego terminu i rozliczenie przyznanego dofinansowania.

W ocenie Zamawiającego termin realizacji zamówienia we wzorze umowy został ustalony poprawnie, ale przy założeniu, że wyłoniony wykonawca będzie miał ok. 6 miesięcy na realizację zamówienia. Taki termin jest bowiem terminem realnym dla wykonania zakresu zamówienia o wielkości i rozległości terytorialnej wskazanej w SIWZ. We wzorze umowy, w punkcie „Termin realizacji Umowy” Zamawiający wskazał: „1. Terminy realizacji Umowy ustala się w sposób następujący: rozpoczęcie — niezwłocznie po podpisaniu Umowy, zakończenie - do 30 listopada 2020 r. Przez zakończenie Inwestycji Strony rozumieją Odbiór końcowy Inwestycji wraz z podpisaniem protokołu odbioru końcowego Inwestycji, potwierdzający wykonanie wszystkich Instalacji w sposób zgodny z Umową”. Jednakże przy sporządzaniu SIWZ, harmonogram Zamawiającego zakładał, że dokonując wyboru w kwietniu (wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany 20 kwietnia 2020 r.). Zamawiający miał pewność, że do końca maja 2020 r. ewentualne odwołania zostaną rozpatrzone przez KIO i umowa zostanie podpisana. Wówczas, czas na realizację zamówienia wyniósłby właśnie zakładane 6 miesięcy.

Zamawiający podnosił, że mając na uwadze obecne terminy w KIO, tj. że w dniu 29 maja 2020 r. było rozpatrywane odwołanie z 17 marca 2020 r., można zakładać, że odwołania z dnia 30 kwietnia 2020 r. będą rozpoznawane ok. 15 lipca 2020 r., zaś podpisanie umowy - jeżeli Izba oddali przedmiotowe odwołania (zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, co do zarzutów odwołań) będzie mogło nastąpić ok. 20 lipca 2020 r. Powyższe oznacza, że czas na realizację zamówienia skróci się o ok. 1/3, co dla tego typu zamówień stanowi barierę nie do przewyciężenia. Powyższe zaś może spowodować, że wykonawcy nie będą zainteresowani przedłużaniem terminu związania ofertami, gdyż realizacja zamówienia wiązać się będzie ze stuprocentową pewnością naliczenia kar umownych, które nie były przez nich wkalkulowane w cenę ofertową. Zamawiający wskazywał, że z uwagi na rozległy zakresowo

i terytorialnie przedmiot zamówienia, wykonawcy zainteresowani jego realizacją w kwietniu 2020 r. mogą nie być już zainteresowani w lipcu 2020 r. podpisaniem umowy, której termin realizacji zakłada całkowite (ostatecznie) zakończenie wykonania umowy do 31 listopada 2020 r.

Zamawiający stwierdził, że nawet przyjął optymistyczną wersję, w której wykonawca pomimo diametralnej zmiany warunków realizacji zamówienia względem zakładanej przy składaniu ofert, zdecydowałby się na podtrzymanie oferty i zawarcie umowy, to i wówczas Zamawiający poniesie olbrzymie straty finansowe. Niezakończenie projektu w terminie do 30 listopada 2020 r. spowoduje niemożność rozliczenia Projektu przez Zamawiającego do 31 grudnia 2020 r. Zamawiający wyjaśnił, że wystąpił do jednostki nadzorującej o przedłużenie tego okresu, jednakże dotychczas nie otrzymał odpowiedzi. Tym samym, Zamawiający stoi przed realnym ryzykiem utracenia dotacji z Unii Europejskiej w wysokości 20 244 579,21 zł, co nie będzie zrekompensovane karami umownymi (wynoszącymi, zgodnie z § 13. Kary umowne, ust. 1 pkt b) wzoru umowy do SIWZ maksymalnie 30%). Jak wskazuje postanowienie „Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty danemu partnerowi Projektu lub łącznie na rzecz partnerów Projektu kar umownych w przypadku: b) zwłoki w zakończeniu realizacji przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 6 ust. 1 w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki, łącznie nie więcej jednak niż 30% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy”. Zamawiający zakładał, że jeśli zwłoka w realizacji zamówienia wyniesie 60 dni to Zamawiający uzyskałby wpływ z tytułu kary umownej w wysokości 6% wynagrodzenia wykonawcy brutto. Przy wynagrodzeniu wykonawcy Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu), które wynosi 32 393 863,26 zł brutto, ww. 6% to zaledwie 1 943 631,79 zł. Innymi słowy, nawet jeżeli wykonawca zdecyduje się podpisać z Zamawiającym umowę i wykonać zamówienie ze stratą, to budżet Zamawiającego straci min. 18 300 947,42 zł. (20 244 579,21 zł - 1 943 631,79 zł 18 300 947,42 zł).

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację Zamawiający wskazał, że w jego ocenie zaistniały przesłanki określone w art. 183 ust. 2 Pzp co uzasadnia uchylenie zakazu zawarcie umowy w postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Stosownie do art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może złożyć do Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, a Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować

negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinie 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. Składając zatem wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Zamawiający powinien szczegółowo uzasadnić i wykazać, że skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego, na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego.

Wskazać należy, że Izba rozpoznając wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu. Tym samym argumentacja Zamawiającego uzasadniająca, w jego ocenie, brak podstaw do uwzględnienia odwołań wniesionych przez:

- A. ML System S.A. z siedzibą w Zaczerniach (KIO 926/20),
- B. Hymon Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, (KIO 932/20),
- C. Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (KIO 935/20),

jest irrelevantna dla oceny zasadności wniosku Zamawiającego. Ponadto, rozpoznając wniosek podczas posiedzenia niejawnego, Izba bada przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy na wniosek zamawiającego, tj. czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego i czy negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Podkreślenia wymaga, że instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp ma charakter wyjątkowy. Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający, w uzasadnieniu wniosku, nie podał argumentów dających podstawę do odstąpienia od ogólnej reguły, jaką jest zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Izba zwraca uwagę, że w złożonym wniosku Zamawiający podniósł argumenty wskazujące na uzależnienie celowości i realności realizacji przedmiotu zamówienia od utrzymania dofinansowania przyznanego mu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego (dalej: RPOWM). Zamawiający przyznał jednak również, że do dnia złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie otrzymał odpowiedzi, co do możliwości wydłużenia okresu realizacji Projektu, od Instytucji Zarządzającej RPOWM na lata 2014-2020. Tym samym argumentacja Zamawiającego oparta na założeniu utraty przez niego dofinansowania pochodzącego ze źródeł RPOWM została uznana za nietrafną

i nie dającą podstawy do uznania, że wypełnione zostały przesłanki z art. 183 ust. 2 Pzp. Wobec braku decyzji Instytucji Zarządzającej RPOWM, co do możliwości zmiany terminu realizacji Projektu, nie ma podstaw do uznania, że niezawarcie umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Rozważania Zamawiającego na temat ewentualnej niechęci wybranego w postępowaniu wykonawcy do zawarcia umowy mają wyłącznie charakter hipotetyczny i nie mogą stanowić podstawy do zastosowania wyjątku od zasady wyrażonej w art. 183 ust. 1 Pzp. Zamawiający we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy położył główny nacisk na merytoryczną polemikę z zarzutami zawartymi w odwołaniach oraz wykazanie, że zarzuty te podlegają oddaleniu. Nie wykazał jednak, że zostały spełnione przesłanki ustawowe dające podstawę do uchylenia przez Izbę zakazu zawarcia umowy w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający uznał, że wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu jest niezasadny, a argumentacja Zamawiającego podniesiona na jego poparcie niewystarczająca. Z tego względu, Izba, na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp, postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 ustawy Pzp na postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący :

.....

.....