

**Sygn. akt: KIO/W 7/20**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 6 marca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 6 marca 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 2 marca 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – Gminę Skawina upoważnioną do przeprowadzenia i udzielenia zamówienia w imieniu i na rzecz Zamawiających, tj. Gminy Skawiny, Gminy Czernichów, Gminy Liszki, Gminy Świątniki Górne oraz Gminy Zabierzów, działającą przez pełnomocnika - Stowarzyszenie Blisko Krakowa z siedzibą w Radziszowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE w ramach projektu „Czysta Energia Blisko Krakowa” (znak postępowania: BK.410.1.4.1.2019)

**postanawia:**

**uchylić zakaz zawarcia umowy.**

**Uzasadnienie**

W dniu 2 marca 2020 r. Stowarzyszenie Blisko Krakowa z siedzibą w Radziszowie działające w imieniu i na rzecz ww. Zamawiających wystąpiło 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 „ustawą Pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE w ramach projektu „Czysta Energia Blisko Krakowa” (znak postępowania: BK.410.1.4.1.2019).

W uzasadnieniu wniosku Pełnomocnik Zamawiających wskazał, że w wyroku z dnia 27 listopada 2019 roku (sygn. akt: KIO 2025/19 i KIO 2029/19) Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu m.in.:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- ponowne badanie i ocenę ofert,
- wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp,
- uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Zamawiający, wykonując powyższy wyrok, wskazał w zawiadomieniu o unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu z 30 września 2019 r. oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, że: „wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.11.2019 r., wydany w sprawie prowadzonej do sygn. akt: KIO 2025/19 oraz 2029/19 (zwany dalej wyrokiem KIO),

1. unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 30.09.2019 r.,
2. działając na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm. zm.) /Pzp/ wyklucza Wykonawcę Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; 02-884 Warszawa, ul. Puławska 476 z przedmiotowego postępowania oraz uznaje jego ofertę (oferta nr 2) za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp”.

Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne powyższych czynności, pokrywające się ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku wydanym do sygn. akt: KIO 2025/19 oraz KIO 2029/19. Wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania nastąpiło zatem w wykonaniu przez Zamawiającego wyżej opisanego wyroku.

Od powyższych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie z dnia 12 grudnia 2019 roku, które zostało odrzucone postanowieniem z dnia 20 grudnia 2019 roku (sygn. akt: KIO 2526/19).

Kolejne odwołania również dotyczyły powyższych okoliczności oraz 1/. zaniechania czynności złożenia (poprawienia) JEDZ, 2/. zaniechania czynności do wezwania INERGIS S.A. do złożenia aktualnych dokumentów, 3/. wydłużenia terminu do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających minimalne wymagania określone przez Zamawiającego, były to:

1. odwołanie z dnia 30 grudnia 2019 roku, które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 14 stycznia 2020 roku (sygn. akt: KIO 2678/19),
2. odwołanie z dnia 14 stycznia 2020 roku, które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 24 stycznia 2020 roku (sygn. akt: KIO 76/20),
3. odwołanie z dnia 21 stycznia 2020 roku, które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 31 stycznia 2020 roku (sygn. akt: KIO 118/20),

4. odwołanie z dnia 28 stycznia 2020 roku, które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 10 lutego roku (sygn. akt: KIO 180/20),
5. odwołanie z dnia 4 lutego 2020 roku, które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 14 lutego 2020 roku (sygn. akt: KIO 233/20),
6. odwołanie z dnia 11 lutego 2020 roku, które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 25 lutego 2020 roku (sygn. akt: KIO 278/20),
7. odwołanie z dnia 17 lutego 2020 roku (sygn. akt: KIO 309/20), które zostało zwrócone postanowieniem z dnia 28 lutego 2020 roku (sygn. akt: KIO 309/20),
8. odwołanie z dnia 21 lutego 2020 roku (sygn. akt: KIO 359/20),
9. odwołanie z dnia 28 lutego 2020 roku.

Pełnomocnik Zamawiających wskazał, że tylko od pierwszego z wszystkich wyżej opisanych odwołań została uiszczona opłata. W żadnym z wyżej wymienionych odwołań Odwołujący nie wskazał, iż podjęte przez Zamawiającego czynności były niezgodne z treścią wyroku z dnia 27 listopada 2019 roku.

Następnie Pełnomocnik Zamawiających podał, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w wyniku zawarcia przez Zamawiającego w dniu 19 grudnia 2018 roku z Zarządem Województwa Małopolskiego umowy o dofinansowanie („Umowa”) projektu „Czysta Energia Blisko Krakowa” („Projekt”) w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020, Oś Priorytetowa 4 Regionalna polityka energetyczna, Działanie 4.1 Zwiększenie wykorzystania odnawialnych źródeł energii, Poddziałanie 4.1.1 Rozwój infrastruktury produkcji energii ze źródeł odnawialnych, z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.

Zgodnie z Umową oraz załączonym do niej wnioskiem o dofinansowanie:

- całkowita wartość Projektu wynosi 28.437.011,97 zł,
- wysokość przyznanego Zamawiającym dofinansowania w ramach Projektu wynosi 15.294.014,35 zł,
- termin zakończenia realizacji Projektu upływa z dniem 30 czerwca 2021 roku,
- Projekt zakłada montaż instalacji Odnawialnych Źródeł Energii w ponad 1380 gospodarstwach domowych w pięciu sąsiadujących z Krakowem gminach, borykają się z problemem niskiej emisji, który stanowi jedną z podstawowych barier rozwojowych znacząco negatywnie oddziałującą na jakość życia mieszkańców,
- realizacja Projektu ma przyczynić się do osiągnięcia określonego efektu ekologicznego, w tym ograniczenie niskiej emisji, która na znacznym obszarze objętym Projektem stanowi problem społeczny. Projekt zakłada m.in. instalację 360 niskoemisyjnych kotłów na pellet, które zastąpią stare nieekologiczne kotły węglowe, co w przyszłości ma przełożyć się na poprawę jakości powietrza.

Na potwierdzenie Pełnomocnik Zamawiających załączył do wniosku kopię umowy o dofinansowania nr RPMP.04.01.01-12-1082/17-00-XVII/440/FE/18 z dnia 19 grudnia 2018 roku.

Pełnomocnik Zamawiających wskazał, że w celu zrealizowania Projektu Zamawiający w dniu 12 czerwca 2019 roku ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE w ramach projektu „Czysta Energia Blisko Krakowa”, w ramach którego:

- 6 sierpnia 2019 roku nastąpiło otwarcie ofert,
- 30 września 2019 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2 grudnia 2019 roku zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27 listopada 2019 roku Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczył wykonawcę Sanito sp. z o.o. oraz odrzucił oferty wykonawcy FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. i wykonawcy HYMON ENERGY sp. z o.o.,
- 2 grudnia 2019 roku Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wykonawcę INERGIS S.A. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu,
- 10 lutego 2020 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez INERGIS S.A., o czym poinformował biorących udział w postępowaniu wykonawców,
- do dnia sporządzenia niniejszego pisma żaden z wykonawców nie złożył odwołania na czynność Zamawiającego - wybór najkorzystniejszej oferty.

Pełnomocnik Zamawiających podkreślał, że dotychczasowe działania wykonawców (tj. złożenie odwołań do KIO) doprowadziły do sytuacji, w której Zamawiający dokonał drugiego wyboru najkorzystniejszej oferty po prawie 5 miesiącach od dnia dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty po raz pierwszy. Po dniu 10 lutego 2020 roku Zamawiający nie wykonał żadnych czynności w postępowaniu, które mogłyby stanowić nową okoliczność i podstawę do wniesienia odwołania.

Wskazał, iż zgodnie z wzorem umowy załączonym do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opublikowanej przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego termin realizacji zamówienia wynosi 18 miesięcy poczynając od dnia podpisania umowy z wykonawcą.

W ocenie Pełnomocnika Zamawiających obecne działanie Odwołującego nie ma na celu kontroli legalności czynności (lub zaniechań) Zamawiającego, lecz uniemożliwienie/utrudnienie Zamawiającemu podpisanie umowy z wybranym przez niego wykonawcą (tj. spółką INERGIS S.A.), świadczy o tym doskonale fakt, iż Odwołujący wnosi co kilka/kilkanaście dni kolejne odwołania o takiej samej treści, nie opłacając ich, nie czekając na rozstrzygnięcie poprzedniego odwołania oraz nie zważając na to, iż poprzednie odwołania zostały odrzucone lub zwrócone. W ocenie Zamawiającego takie zachowanie Odwołującego

jest niezgodne z ratio legis ustawodawcy, które legło u podstaw wprowadzenia w art. 183 ust. 1 Pzp zakazu zawarcia umowy w przypadku wniesienia odwołania. Jak wynika z wyżej opisanych okoliczności obecne zachowanie Odwołującego stanowi nadużycie przysługującego mu prawa, które nie powinno korzystać z ochrony przewidzianej w art. 183 ust. 1 Pzp.

Takie działanie Odwołującego (które nie wiadomo kiedy się zakończy) z każdym kolejnym dniem począwszy od dnia, w którym Zamawiający może zawrzeć umowę z wybranym przez siebie wykonawcą (tj. począwszy od dnia 21 lutego 2020 roku) powoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, a to interesu Zamawiających (pięciu gmin z powiatu krakowskiego, które nie mogą realizować Projektu prowadzącego do poprawy środowiska na ich obszarze) oraz interesu beneficjentów końcowych (tj. mieszkańców, którzy od kilku/kilkunastu miesięcy oczekując na montaż instalacji, do którego w związku z działaniem Odwołującego może nie dojść), o powyższym świadczą poniższe okoliczności:

- dalszy brak możliwości zawarcia umowy z wyłonionym w ramach zamówienia publicznego wykonawcą ponad wszelką wątpliwość uniemożliwi realizację Projektu w terminie określonym w umowie o dofinansowanie (tj. do 30 czerwca 2021 roku, ponieważ przewidziany we wzorze umowy termin wykonania umowy wynosi 18 miesięcy),
- niezrealizowanie Projektu w terminie może spowodować wypowiedzenie umowy o dofinansowanie (§ 5 ust. 1 pkt 8 umowy o dofinansowanie) oraz utratę przez Zamawiających ponad 15 mln zł dofinansowania (§ 5 ust. 3 umowy o dofinansowanie),
- opóźnienie terminu zawarcia z nim umowy o kolejne tygodnie/miesiące spowoduje:
  - nasilenie się narastającego wraz z kolejnymi miesiącami niekorzystnego odzewu społecznego - mieszkańcy uczestniczący w Projekcie oczekują od ponad 2 lat (wniosek o dofinansowanie został złożony w grudniu 2017 roku) na założenie w ich gospodarstwach domowych instalacji oraz wstrzymują się z innymi inwestycjami w odnawialne źródła energii (m.in. przy korzystaniu z innych dostępnych środków z innych programów np. z programu Mój Prąd),
  - rezygnację z udziału w Projekcie przez kolejnych mieszkańców (np. w Gminie Skawina do 30 grudnia 2019 roku z części Projektu obejmującej montaż kotła na biomasę z listy 212 osób zrezygnowało już 87 osób, czyli około 25%), co może spowodować brak możliwości realizacji Projektu i konieczność zwrotu dofinansowania,
  - że praktyczna realizacji umowy z wybranym wykonawcą rozpocznie się jesienią 2020 roku, co z uwagi na niemożliwość realizacji dużej części zamówienia w sezonie grzewczym (wynikający z konieczności czasowego wyłączenia instalacji co) oznacza przeniesienie faktycznej jej realizacji na wiosnę 2021 roku, a więc przesunięcie realizacji o jeden rok i na kilka miesięcy przed upływem terminu realizacji Projektu,

- wstrzymanie realizacji Projektu spowoduje, że odroczony zostanie okres funkcjonowania 1380 instalacji wytwarzających energię z odnawialnych źródeł, m.in. 360 pieców bezklasowych nadal będzie pod Krakowem emitowało znaczne ilości PM10 i PM2,5, a brak pozostałych instalacji (kolektory słoneczne, panele fotowoltaiczne, pompy ciepła) uniemożliwi osiągnięcie zakładanego w Projekcie efektu ekologicznego.

Pełnomocnik Zamawiających podniósł, że nie może być również wątpliwości, iż wskazane powyżej negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, co do których Odwołujący składa kolejne odwołania. Jest tak ponieważ podejmowane obecnie przez Odwołującego czynności są pozorne oraz nie zmierzają i nie mogą zmierzać do ochrony jego interesu, ponieważ każde kolejne odwołanie jest takie same, a w dodatku obarczone jest tymi samymi brakami (brak opłaty).

Uzasadniając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 Pzp, dla wszystkich kolejnych odwołań wnoszonych przez wykonawcę Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Pełnomocnik Zamawiających wskazał, iż obecnie Zamawiający nie podejmuje i nie zamierza podjąć żadnych czynności w przedmiotowym postępowaniu, które mogłyby zostać zaskarżone przez wykonawców, natomiast termin na wniesienie odwołań od dotychczas podjęte czynności już upłynął.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba postanowiła uchylić zakaz zawarcia umowy w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 428/20.

Institucja uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego do chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę (art. 183 ust. 1 ustawy Pzp), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, składających odwołanie, a z drugiej także interes zamawiającego (i finansów publicznych) oraz wykonawców, których oferta została uznana za najkorzystniejszą, poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania przetargowego w kwestionowanym zakresie.

Przepis art. 183 ust. 2 ustawy Pzp 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.

Analizując całokształt sprawy oraz wagę tych interesów, skład orzekający Izby uznał, że w przedmiotowym przypadku konieczność ochrony interesów Odwołującego nie przewyższa konieczności ochrony interesu Zamawiającego.

Dalsze utrzymywanie zakazu zawarcia umowy oznacza wzrastające ryzyko dla realizacji zamówienia w zakładanym terminie, a tym samym utraty znaczącej części dofinansowania zamówienia służącego sfinansowaniu zadania publicznego w zakresie ważkiej dla interesu publicznego poprawy jakości powietrza – uniemożliwi osiągnięcie zakładanego efektu ekologicznego.

W związku z powyższym postanowiono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący :** .....