

**Sygn. akt KIO/W 44/21**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 7 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 maja 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 29 kwietnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez zamawiającego – Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont kotła OP430/K-3 wraz z urządzeniami pomocniczymi w EC Wrocław”

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze**

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. - pismem z 29 kwietnia 2021 r. wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont kotła OP430/K-3 wraz z urządzeniami pomocniczymi w EC Wrocław”.

Uzasadniając ww. wniosek Zamawiający wskazał, że niezawarcie umowy może powodować 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. Zamawiający jest zamawiającym sektorowym w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie produkcji ciepła sieciowego i energii elektrycznej. Świadczone przez Zamawiającego usługi, polegające na dostarczaniu źródła

ciepła dla mieszkańców Wrocławia oraz produkcji energii elektrycznej, służą zatem bezpośrednio interesowi publicznemu.

Jak wyjaśnił Zamawiający, w celu realizacji zaplanowanego zakresu prac wynikającego z umowy wymagany jest tzw. postój remontowy kotła parowego, będącego podstawowym urządzeniem wytwórczym w EC Wrocław. Przedmiotowy postój kotła wraz z urządzeniami pomocniczymi spowoduje, że Elektrownia we Wrocławiu nie będzie produkowała energii elektrycznej i ciepłej. Odstawienie obiektu do remontu zaplanowano zgodnie z przyjętym i zatwierdzonym w Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., harmonogramem prac remontowych. Celem prac wykonywanych podczas postoju remontowego kotła parowego w EC Wrocław jest poprawa jego sprawności i urządzeń pomocniczych poprzez wymianę lub naprawę niesprawnych elementów. Zamawiający wskazał, że przeprowadzenie remontu kotła parowego pozwoli w szczególności na:

- doprowadzenie kotła i urządzeń pomocniczych do stanu pełnej sprawności technicznej,
- zmniejszenie awaryjności urządzeń,
- zmniejszenie kosztów kolejnych remontów,
- utrzymanie wymaganej żywotności urządzeń.
- bezpieczną i zgodną z przepisami w zakresie dozoru technicznego, eksploatację urządzeń.

Zamawiający podał, że harmonogram remontu kotła objętego przedmiotem zamówienia zakłada rozpoczęcie prac 1 czerwca 2021 r. a ich zakończenie na dzień 30 września 2021 r., czyli w tzw. okresie okołowakacyjnym. Zamawiający podniósł, że przypadku nieprzeprowadzenia remontu kotła parowego w ww. okresie może dojść do sytuacji występowania awarii kotła parowego w sezonie ciepłowniczym 2021/2022, co w konsekwencji może skutkować zaprzestaniem produkcji energii ciepłej i brakiem dostaw ogrzewania dla mieszkańców Wrocławia oraz zaprzestaniem produkcji energii elektrycznej.

Zamawiający podkreślił, że w celu realizacji prac, wybrany w postępowaniu wykonawca jest zobowiązany zakupić niezbędne materiały do realizacji remontu (m.in. pompy do agregatów hydraulicznych, panele szczelne ekranowe do wymiany przegrzewacza pary I st. Rolki odżuźlacza, armaturę zaporową, części zamienne). Średni czas niezbędny do dokonania zakupów elementów potrzebnych do realizacji przedmiotu zamówienia wynosi około 8-12 tygodni, a w przypadku pomp agregatów hydraulicznych ten czas wynosi 17 tygodni (i nie można wykluczyć, iż z uwagi na epidemię, może on ulec wydłużeniu o kolejne tygodnie). Bez zawarcia odpowiednio wcześniej umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca nie

dokona zakupu materiałów. Zamawiający stwierdził, że dalsze przedłużenie procedury odwoławczej spowoduje, że podpisanie umowy po 20 maja 2021 r. będzie bezzasadne, gdyż nie pozwoli na realizację prac w wymaganym terminie. Tym samym, w opinii Zamawiającego, postępowanie prawdopodobnie będzie trzeba unieważnić z uwagi na istotną zmianę okoliczności, na skutek czego interes publiczny dozna znaczącego uszczerbku kosztem interesu odwołującego.

Zamawiający zaznaczył, że prace objęte przedmiotem zamówienia muszą być zrealizowane wyłącznie podczas postoju remontowego. Zamawiający wskazał, że sytuacja taka dotyczy także innych remontów, co do których umowy zostały już zawarte lub prowadzone są inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest zatem możliwa jedynie zmiana harmonogramu prac remontowych tylko w jednym postępowaniu, gdyż wszystkie remonty i modernizacje muszą być tak zaplanowane i skoordynowane dla całej Elektrociepłowni, aby odbyły się w określonym terminie. Oznacza to, jak podał Zamawiający, że nie jest możliwe przesunięcie terminu przestoju poszczególnych kotłów, gdyż wiąże się to z nieproporcjonalnym nakładem pracy związanym z ewentualnym zawieraniem aneksów do umów, a także koniecznością dokonania zmian umów zawartych w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podkreślił, że zmiana harmonogramu postoju kotłów parowych skutkowałaby koniecznością podjęcia rozmów z wykonawcami zawartych już umów, którzy mogą nie mieć możliwości realizacji prac w innym terminie, a także koniecznością zmiany harmonogramów realizacji prac w innych, toczących się jeszcze, będących na ukończeniu postępowaniach przetargowych. Może zatem wywołać to negatywne skutki dla interesu publicznego.

Zamawiający poinformował, że niezawarcie przedmiotowej umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana w postępowaniu, będzie miało wpływ na m.in. następujące umowy, których przedmiotem jest:

- wykonanie diagnostyki części ciśnieniowej kotłów - wykonawca - Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A.;
- wymiana podajników węgla - wykonawca - ZEC SERVICE sp. z o.o.;
- czyszczenie chemiczne parowników kotłów parowych - wykonawca - ECOL sp. z o.o.;
- modernizacja elektrofiltru kotła K-3 - wykonawca – W. R. Sp. z o.o.

Zamawiający zwrócił uwagę, że wstrzymanie prowadzenia remontów i modernizacji może prowadzić do naruszenia norm prawnych wyrażonych m.in. w ustawie z dnia 10 kwietnia 1997 Prawo energetyczne (Dz.U. z 2019 r., poz. 755, z późn. zm.), zgodnie z którymi Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. jest zobligowany do stałego monitorowania i utrzymywania w należyтым stanie urządzeń wykorzystywanych m.in. do

przesyłania ciepła oraz niezwłocznego reagowania w przypadku konieczności dokonania niezbędnych modernizacji bądź napraw. Zamawiający wskazał, że w świetle art. 9j ust. 1 pkt 1 - 3 Prawa Energetycznego, przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się wytwarzaniem energii elektrycznej w źródłach przyłączonych do sieci, uwzględniając możliwości techniczne, jeżeli jest to konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, a w szczególności zapewnienia jakości dostarczanej energii, ciągłości i niezawodności jej dostarczania lub uniknięcia zagrożenia bezpieczeństwa osób lub strat materialnych, jest obowiązane do wytwarzania energii elektrycznej lub pozostawania w gotowości do jej wytwarzania; utrzymywania rezerw mocy wytwórczych lub zapewnienia innych usług systemowych w wysokości i w sposób określony w umowie zawartej z operatorem elektroenergetycznego systemu przesyłowego lub systemu połączonego elektroenergetycznego; utrzymywania zdolności źródeł do wytwarzania energii elektrycznej w ilości i jakości wynikającej z zawartych umów sprzedaży oraz umów o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej. Podobnie, przedsiębiorstwo zajmujące się wytwarzaniem ciepła, jakim jest Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., zobowiązany jest na gruncie § 20 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 15 stycznia 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemów ciepłowniczych (Dz.U. z 2007 r. nr 16 poz. 92) do utrzymania zdolności sieci ciepłowniczej do realizacji dostaw ciepła w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu obowiązujących wymagań jakościowych. Tym samym, brzmienie ww. przepisu w sposób jednoznaczny przesądza o obowiązku dochowania należytej staranności w zakresie serwisowania posiadanych urządzeń, a także przeprowadzania ich remontów i modernizacji. W konsekwencji, jak zaznaczył Zamawiający, wstrzymanie realizacji prowadzonego postępowania przetargowego z powodu zawieszenia odbywania jawnych posiedzeń i rozpraw Krajowej Izby Odwoławczej może rodzić ryzyko niedochowania obowiązków wynikających z przywołanych przepisów.

Zamawiający wskazał ponadto, że strata dla Zespołu Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERAGA S.A. w przypadku braku realizacji przedmiotu umowy i wystąpienia wskazanych wyżej możliwych awarii jest znacznie wyższa niż wartość 2 000 607,73 zł brutto złożonej oferty przez Odwołującego. Zamawiający zaznaczył przy tym, że realny uszczerbek Odwołującego rozumiany jako zysk osiągnięty z tytułu realizacji umowy byłby i tak niższy niż wyżej wskazana kwota. Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku wystąpienia awarii spowodowanych nieprzeprowadzeniem w odpowiednim terminie remontu kotła, które to awarie uniemożliwią produkcję energii cieplnej i elektrycznej, straty Zamawiającego z tytułu braku produkcji energii będą się kształtowały na poziomie ok. 399 150,00 zł za każdy dzień w sezonie grzewczym, zaś w sezonie letnim na poziomie ok. 151 600,00 zł za każdy dzień.

Dodatkowo, Zamawiający, w sytuacji awarii kotłów, będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej na rzecz dystrybutora energii z powodu niedostarczenia dostatecznej ilości ciepła, w wysokości 340 000,00 zł za każdy dzień. Zamawiający podkreślił, że wyżej określona wysokość kar umownych nie oznacza braku konieczności poniesienia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego z powodu niedostarczenia energii, bowiem Zamawiający poniesie dodatkowe koszty związane z koniecznością usuwania awarii, które na chwilę obecną są trudne do oszacowania.

W ocenie Zamawiającego, przytoczone powyżej argumenty pokazują, iż straty Zamawiającego wynikające z potencjalnych awarii spowodowanych niewykonaniem remontów kotłów parowych opiewają na kwoty znacząco przewyższające przyszły i niepewny uszczerbek Odwołującego.

Zamawiający podkreślił, że brak zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy może skutkować awariami kotła parowego w EC Wrocław w najbliższym sezonie grzewczym oraz w konsekwencji, brakiem możliwości dostarczenia energii elektrycznej i ciepłej dla mieszkańców Wrocławia w tym czasie. Zdaniem Zamawiającego, powyższe stanowi wypełnienie przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż niezawarcie umowy wiąże się z negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, którym jest w tym przypadku zapewnienie ciągłości dostaw energii ciepłej i elektrycznej dla mieszkańców okolicznych terenów i przedsiębiorców prowadzących na tych terenach działalność gospodarczą.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że do rozpoznania przedmiotowego wniosku zastosowanie znajdują przepisy art. 577 – 578 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 ze zm.).

Instytucja 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. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, z drugiej strony także interes zamawiającego (finanse publiczne) 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 finansów publicznych. Jako wyjątek, instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy podlega stosowaniu zgodnie z zasadami przewidzianymi dla wyjątków, czyli ściśle i z zachowaniem ostrożności przy ustalaniu możliwości ich zastosowania w danym stanie faktycznym.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba 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.

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 Prawo zamówień publicznych, 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.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Izba dostrzega, że realizacja przedmiotowego zamówienia bez wątplenia leży w interesie publicznym, jednak sama ta okoliczność nie może przesądzać o uchyleniu zakazu zawarcia umowy. W ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego nie pozwala na stwierdzenie, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający planując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinien uwzględnić czas na wniesienie środków ochrony prawnej.

Izba uznała, że zawarcie umowy po ogłoszeniu orzeczenia lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze będzie stanowiło ochronę wszystkich interesów, w odniesieniu do

których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z jednoczesnym poszanowaniem interesu publicznego, jakim jest niewątpliwie realizacja przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie wykazał także zaistnienia przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 ze zm.) postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 578 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....