

Sygn. akt: KIO 2871/20

**WYROK**  
z dnia 27 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „ELEMONT” Sp. z o.o. i ECONSTRUCTION Sp. z o.o., Dobrzeńska 72B, 45-920 Opole** w postępowaniu prowadzonym przez **Energetyka Ciepła Opolszczyzny S.A., ul. Harcerska 15, 45-118 Opole**

przy udziale wykonawcy **„INSTAL-FILTER Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza” S.A., ul. Północna 1A, 64-00 Kościan** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

**1. Oddala odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „ELEMONT” Sp. z o.o. i ECONSTRUCTION Sp. z o.o., Dobrzeńska 72B, 45-920 Opole i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „ELEMONT” Sp. z o.o. i ECONSTRUCTION Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska 72B, 45-920 Opole tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „ELEMONT” Sp. z o.o. i ECONSTRUCTION Sp. z o.o., ul. Dobrzeńska 72B, 45-920 Opole na rzecz Energetyka Ciepła Opolszczyzny S.A., ul. Harcerska 15, 45-118 Opole kwotę 4 387 zł 34 gr (słownie: cztery tysiące trzysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści cztery grosze) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby oraz noclegu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2871/20

**Uzasadnienie**

Energetyka Ciepła Opolszczyzny S.A. z siedzibą w Opolu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pn.: „Budowa/przystosowanie instalacji odpylania i budowa instalacji odsiarczania spalin dla kotłów węglowych WR-25 nr 3 i OR-50N zainstalowanych w elektrociepłowni w Opolu przy ul. Harcerskiej” umożliwiającej spełnienie nowych poziomów emisji zanieczyszczeń ze spalania węgla kamiennego w elektrociepłowni w Opolu. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 stycznia 2020 r. pod pozycją 2020/S 017-037859.

W dniu 2 listopada 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „ELEMONT” Sp. z o.o. i ECONSTRUCTION Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w sytuacji, gdy nie zachodzą wymienione w tym przepisie przesłanki, które uprawniałyby Zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

a także

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

oraz

- przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, jak również z dokumentów, które zostaną ewentualnie przedstawione na rozprawie.

Jak podał Odwołujący, przedmiotem postępowania są roboty budowlane, a wartość postępowania przekracza wartość, tzw. progu unijnego. Zasadniczymi elementami składowymi przedmiotu zamówienia jest realizacja instalacji odsiarczania spalin (redukcji tlenków siarki – SO<sub>2</sub>) oraz instalacji odpylania spalin.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

Oferta nr 1: Energika M. S., Z. S. Sp. J. z siedzibą w Zasutowie z ceną 31.500.000,00 PLN netto,

Oferta nr 2: Odwołujący z ceną 28.245.629,69 PLN netto,

Oferta nr 3: „INSTAL-FILTER Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza” S.A. (dalej: „INSTAL-FILTER”) z ce 20.900.000,00 PLN netto.

- Odwołujący zwrócił uwagę na zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu okoliczności: W dniu 27 kwietnia 2020 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu.
- W odpowiedzi na ww. wniosek Zamawiający pismem z dnia 14 maja 2020 r. udostępnił część dokumentów składających się na oferty złożone w postępowaniu. W tym samym piśmie Zamawiający poinformował, że z uwagi na fakt, że niektóre z załączników dołączonych do ofert przez wykonawców zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, Zamawiający zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie udostępnia tych dokumentów.
- Odmowa ta została zaskarżona przez Odwołującego odwołaniem do Prezesa KIO.
- Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 9 lipca 2020 r. (sygn. akt KIO 1152/20) uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu odtajnienie treści oferty Instal-Filter nieodtajnionej do tej pory.
- W dniu 17 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Instal-Filter jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.
- Wybór ten został zaskarżony przez Odwołującego, a w wyniku wniesionego odwołania KIO wydała w dniu 8 października 2020 r. (sygn. akt KIO 1735/20) wyrok, w którym nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty Instal-Filter oraz odtajnienie wyjaśnień Instal-Filter w sprawie rażąco niskiej ceny.
- W dniu 23 października 2020 r. informacja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z powołaniem się na treść przepisu art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie w sytuacji, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Jak zauważył Odwołujący, aby skorzystać z ww. podstawy unieważnienia postępowania, wszystkie wymienione w tym przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie, a brak wystąpienia którejkolwiek z nich, powoduje że unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu jest czynnością dokonaną z jego naruszeniem. Ponadto, jak podkreślił Odwołujący, interpretacja tego przepisu powinna zawsze następować w sposób ścisły, nigdy rozszerzający. Okoliczności z kolei, które stanowią o podstawie do jego zastosowania winny być zawsze okolicznościami o charakterze obiektywnym, a nie tylko subiektywnym przekonaniem zamawiającego. Potwierdza to liczne orzecznictwo KIO, jak również sądów okręgowych. Ponadto, jak zaznaczył Odwołujący, aby skutecznie skorzystać z tego przepisu, uszczerbku musi doznać szeroko rozumiany interes publiczny (interes ogółu), a nie tylko partykularny interes danego zamawiającego. Dodatkowo, to zawsze Zamawiającego obciąża ciężar dowodzenia zaktualizowania się wszystkich okoliczności, o których mowa w art 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał orzecznictwo w postaci wyroku KIO z dnia 7 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 866/16, wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2808/11, oraz wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 10 listopada 2005 r., sygn. akt III Ca 855/05.

Zdaniem Odwołującego, przygotowane przez Zamawiającego uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania pomimo jego obszerności, stwarza jedynie pozory zasadności tej czynności. Odwołujący uznał, że poza przywołaniem różnych okoliczności, które zaistniały zarówno przed wszczęciem postępowania, jak również w jego trakcie, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, jak przywołane okoliczności rzeczywiście przekładają się na zasadność jego decyzji, a w konsekwencji na uprawnienie do zastosowania przesłanki z art. 93 ust. pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania brak wykazania jakiegokolwiek związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy przywołanymi okolicznościami, a rzekomą niemożliwością realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Jak zauważył Odwołujący, oceniając przedmiotową sprawę nie można tracić z pola widzenia, że Zamawiający prowadzi to postępowanie od dnia 24 stycznia 2020 r. (wszczenie postępowania). Samo przygotowanie postępowania (sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, ustalenie wartości szacunkowej i sama decyzja o wszczęciu) to proces, który został zapoczątkowany dużo wcześniej. Z kolei decyzja o unieważnieniu postępowania zostaje podjęta dopiero w dniu 23 października 2020 r. (dzień zakomunikowania jej wykonawcom).

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania przedstawia liczne okoliczności, które wystąpiły jeszcze przed wszczęciem postępowania oraz już w jego trakcie, natomiast finalnie jego decyzja o unieważnieniu postępowania zapadła dopiero w momencie, w którym KIO wyrokiem z dnia 8 października 2020 r. (sygn. akt KIO 1735/20) nakazała odrzucenie oferty wykonawcy, którego wyboru dokonał i którego wyboru bronił konsekwentnie w toczącym się postępowaniu odwoławczym pomimo licznych poważnych uchybień w tej ofercie, które zostały potwierdzone przez KIO.

W ocenie Odwołującego, trudno w tej sytuacji dopatrzeć się przypadkowości.

Odwołujący podniósł, że zachowanie Zamawiającego, w tym okoliczności, które przedstawia w uzasadnieniu, biorąc również pod uwagę to, że konsekwentnie bronił możliwości zapoznania się z ofertą Instal-Filter, a następnie swojej decyzji o wyborze oferty Instal-Filter, wskazują na to, że decyzja ta nie jest faktycznie podyktowana zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ale tylko i wyłącznie okolicznością niemożliwości wybrania jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Instal-Filter. W przekonaniu Odwołującego, decyzja Zamawiającego zmierza do obejścia nakazu wynikającego z wyroku z dnia 8 października 2020 r. (sygn. akt KIO 1735/20).

Odwołujący odniósł się do najważniejszych argumentów podniesionych przez Zamawiającego:

➤Oдноśnie „Zielonego Ładu dla Europy”

Zdaniem Odwołującego, powoływanie się przez Zamawiającego na politykę zielonego ładu jest chybione ze względu na fakt, że sama instalacja oczyszczania spalin, która jest przedmiotem postępowania jest instalacją oczyszczającą spaliny posiadającą pozytywny efekt środowiskowy, a sama polityka „Zielonego Ładu Europy” ogłasza koniec wsparcia zarówno dla węgla (którego dotyczy postępowanie), jak i dla gazu (który miałby stanowić alternatywne rozwiązanie, o którym pisze Zamawiający w uzasadnieniu postępowania).

Odwołujący zwrócił uwagę, że alternatywne rozwiązanie energetyczne zaproponowane przez Zamawiającego,

oparte o kotły gazowe, jest wbrew założeniom „Polityki Zielonego Ładu”, która zakłada całkowite odejście od spalania paliw kopalnianych (w tym gazu ziemnego) oraz osiągnięcie zerowej emisji gazów cieplarnianych: „Europejski Zielony Ład odpowiada na te problemy. Jest to nowa strategia na rzecz wzrostu, której celem jest przekształcenie UE w sprawiedliwe i prosperujące społeczeństwo żyjące w nowoczesnej, zasobooszczędnej i konkurencyjnej gospodarce, która w 2050 r. osiągnie zerowy poziom emisji gazów cieplarnianych netto i w ramach której wzrost gospodarczy będzie oddzielony od wykorzystania zasobów naturalnych.” (vide: Komunikat Komisji Do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów Europejski Zielony Ład, Bruksela, dnia 11 grudnia 2019 r.). Odwołujący zauważył, że Zamawiający stwierdził, że alternatywne rozwiązanie jest oparte o spalanie gazu ziemnego, co prowadzi do emisji gazów cieplarnianych, a więc jest wprost sprzeczne z Polityką Zielonego Ładu.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że kwestia polityki prowadzonej przez Parlament Europejski w kwestiach klimatu musiała być znana Zamawiającemu chociażby ze względu na fakt, że prezentacja Planu była ogłoszona 11 grudnia 2019 r., natomiast sama Prezentacja planu inwestycyjnego na rzecz Europejskiego Zielonego Ładu i mechanizmu sprawiedliwej transformacji została ogłoszona publicznie 14 stycznia 2020 r., tj. na 10 dni przed wszczęciem postępowania.

Analizując argumentację Zamawiającego opartą na polityce „Zielonego Ładu dla Europy” Odwołujący zwrócił uwagę na chronologię wydarzeń:

- 8 lipca 2020 r. - przyjęcie strategii UE na rzecz integracji systemów energetycznych i sektora technologii wodorowych w celu stworzenia w pełni bezemisyjnego, bardziej wydajnego i wzajemnie połączonego sektora energetycznego.
- 20 maja 2020 r. - prezentacja strategii „od pola do stołu”, przewidującej stworzenie bardziej zrównoważonych systemów żywnościowych.
- 20 maja 2020 r. - prezentacja unijnej strategii na rzecz bioróżnorodności 2030 w celu ochrony wrażliwych zasobów naturalnych na naszej planecie.
- 11 marca 2020 r. - wniosek dotyczący planu działania dotyczącego gospodarki o obiegu zamkniętym koncentrującego się na zrównoważonym wykorzystaniu zasobów.
- 10 marca 2020 r. - przyjęcie europejskiej strategii przemysłowej, planu na rzecz gospodarki gotowej na przyszłość.
- 4 marca 2020 r. - wniosek ustawodawczy w sprawie Europejskiego prawa o klimacie zakładający osiągnięcie przez Unię Europejską neutralności klimatycznej do 2050 r.

Wszystkie z powyższych zdarzeń, w ocenie Odwołującego, nie miały żadnego wpływu na prowadzone postępowanie, czego dowodem był wybór Instal-Filter, który miał miejsce dnia 17 lipca 2020 r., tj. 9 dni po ostatnim istotnym wydarzeniu wynikającym z Polityki Zielonego Ładu. W ocenie Odwołującego, z punktu widzenia przesłanki unieważnienia postępowania, jest to okoliczność fikcyjna, mająca jedynie stworzyć pozór powodu unieważnienia.

➤ Odnośnie konkluzji wynikających ze stanowiska Rady Europy

Odwołujący wskazał, że nie istnieje żaden związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy konkluzjami Rady Europy dotyczącymi redukcji emisji gazów cieplarnianych, a decyzją o wybudowaniu Instalacji Odsiarczania i Odpylania. Instalacja będąca przedmiotem postępowania oczyszcza spaliny z kotłów, natomiast redukcja gazów cieplarnianych jest zrealizowana w oparciu o ingerencję w proces spalania w kotle, jak np. poprawa skuteczności źródła spalania.

Zdaniem Odwołującego, takiego rodzaju ograniczenie emisji gazów cieplarnianych (w tym CO<sub>2</sub>) Zamawiający mógłby uwzględnić nie w prowadzonym postępowaniu na wykonanie instalacji odsiarczania i odpylania spalin, ale w prowadzonym równolegle postępowaniu na zabudowę instalacji odazotowania spalin (deNO<sub>x</sub>), gdzie opis przedmiotu zamówienia uwzględniał zapis o poprawie skuteczności pracy kotłów, a co za tym idzie, zmniejszenie emisji gazów cieplarnianych.

➤ Odnośnie zmian cen gazu ziemnego

Jak stwierdził Odwołujący, również w tym przypadku nie widać jakiegokolwiek związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy zmianami taryfy gazowej a planami inwestycyjnymi dotyczącymi zabudowy IOS, która stanowi przedmiot postępowania.

Odwołujący wskazał, że zmiana taryfy gazowej wynika zapewne z procesu negocjacyjnego, który Zamawiający prowadził dużo wcześniej (przed ogłoszeniem wszczęcia postępowania), skoro jego wynik został ogłoszony dopiero w styczniu 2020 r.. Prowadząc takie negocjacje Zamawiający musiał brać pod uwagę ewentualny sukces negocjacyjny i osiągnięcie zmiany taryfy cenowej, która zresztą ma pozytywny efekt biznesowy dla części gazowej infrastruktury Zamawiającego, który, jak sam stwierdza, jest już aktualnie operatorem zarówno kotłów, jak i silników gazowych. Odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe postępowanie na zabudowę Instalacji Oczyszczania Spalin było prowadzone niezależnie od powyższych okoliczności, gdyż, jak można domniemywać, Zamawiający chciał podtrzymać możliwość dywersyfikacji paliwa, co podnosi bezpieczeństwo energetyczne zakładu wytwórczego.

Odwołujący podkreślił ponadto, że zmiana taryfy nastąpiła 29 stycznia 2020 r., natomiast wybór został ogłoszony 17 lipca 2020 r., a samo postępowanie było do końca prowadzone w duchu podpisania umowy z wybranym wykonawcą do dnia 23 października 2020 r., czyli do dnia zawiadomienia o unieważnieniu postępowania.

➤ Odnośnie zmian cen uprawnień do emisji CO<sub>2</sub>

Odwołujący podniósł, że przywołany przez Zamawiającego wzrost cen uprawnień do emisji CO<sub>2</sub> dotyczy zarówno źródeł opalanych węglem, jak i opalanych gazem, zatem zgodnie z teorią Zamawiającego, przejście z węgla na gaz nie jest rozwiązaniem korzystniejszym, ale Zamawiający ewidentnie tę kwestię świadomie w swoich rozważaniach pomija.

Odwołujący zauważył, że kwestia zmian prognoz cenowych jest czynnikiem dość losowym, co widać w szczególności w czasach epidemii, gdzie ceny za emisję miały rosnąć, a jak pokazuje wykres od września (ogłoszenie prognozy) ceny tej emisji spadają. Trudno zatem uznać, w opinii Odwołującego, iż jest to okoliczność mogąca stanowić podstawę unieważnienia jakiegokolwiek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak podkreślił Odwołujący, Zamawiający doszukując się zmian cen praw do emisji CO2 jako powodu do rozwiązania postępowania powinien taki ruch niezwłocznie, tj. jeszcze we wrześniu 2020 r., kiedy to rzeczywiście nastąpił nieznaczny wzrost cen, a nie kontynuować procedowanie postępowania do ogłoszenia niekorzystnego z perspektywy Zamawiającego wyroku KIO z dnia 8 października 2020 r. (sygn. akt KIO 1735/20).

➤Odnosnie argumentów związanych z reorganizacją źródła ciepła poprzez eliminację kotła węglowego i budowę kotła gazowego i silników kogeneracyjnych

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przed ogłoszeniem postępowania przetargowego przeprowadził dialog techniczny i wykonał dokładną analizę rynku, według której zdecydował się na realizację inwestycji w zakresie zabudowy instalacji oczyszczania spalin. Należy więc założyć, że Zamawiający był całkowicie świadom wszystkich wad i zalet swojej decyzji, co wskutek ogłoszonego postępowania uruchomiło kosztotwórcze procesy przygotowania ofert na rynku dostawców Instalacji Oczyszczania Spalin u co najmniej 3 dostawców, który złożyli swoje oferty w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że wymieniona w piśmie o unieważnieniu postępowania decyzja z dnia 21 września 2020 r. o reorganizacji źródła ciepła nie została dokonana niezwłocznie po opisanych w piśmie przesłankach, a dopiero po ogłoszeniu niekorzystnego dla Zamawiającego wyroku KIO z dnia 8 października 2020 r. Zdaniem Odwołującego, powyższa sekwencja zdarzeń pokazuje, jakie faktycznie przesłanki stoją za tak krzywdzącą dla wykonawców decyzją.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że w trakcie toczącego się przed KIO postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1735/20, po pierwszej rozprawie, która odbyła się w dniu 26 sierpnia 2020 r., następna rozprawa miała miejsce dopiero w dniu 6 października 2020 r. Odwołujący postawił pytanie, dlaczego, skoro Zamawiający w dniu 21 września 2020 r. podjął decyzję o reorganizacji źródła ciepła, w tamtym czasie od razu nie podjął decyzji o unieważnieniu postępowania, tylko jeszcze w dniu 6 października 2020 r. bronił swojej decyzji o wyborze oferty Instal-Filter jako najkorzystniejszej, decyzję o unieważnieniu zakomunikował dopiero w dniu 23 października 2020 r., gdy już było wiadomo, że KIO nakazała odrzucenie oferty Instal-Filter.

Zdaniem Odwołującego, znamienny również jest fakt przywołany wcześniej, że Zamawiający w dalszym ciągu prowadzi postępowanie dotyczące wykonania instalacji odazotowania spalin na tych właśnie kotłach, które według informacji podanych przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania mają podlegać reorganizacji.

Odwołujący ponownie wskazał, że Zamawiający przed ogłoszeniem postępowania przeprowadził dialog techniczny i wykonał dokładną analizę rynku, według której zdecydował się na realizację inwestycji w zakresie zabudowy instalacji oczyszczania spalin dla 2 kotłów jako najkorzystniejszej ze swojej perspektywy. Rozważany wówczas scenariusz mógł dotyczyć również alternatywnych rozwiązań, jak np. likwidacja kotła węglowego i zabudowa IOS tylko dla jednego z kotłów, jednak Zamawiający zdecydował inaczej i z tego powodu niezrozumiały jest obecnie, argument ponownego rozważania konfiguracji, po przeprowadzonym postępowaniu i otrzymanych w dniu otwarcia 3 ofert, z czego dwóch

w przewidzianym na realizację zadania budżecie Zamawiającego.

➤W odniesieniu do niegospodarności

Odwołujący podał, że Zamawiający wskutek przeprowadzonej analizy kosztowej przedsięwzięcia przed jego ogłoszeniem, oszacował budżet na realizację zadania na poziomie = 28.494.967,50 netto, co zakładając profesjonalizm i wieloletnie doświadczenie Zamawiającego, wskazywać musi na prawidłowo oszacowaną kwotę, a tym samym, wybór wykonawcy z ceną poniżej oszacowanego budżetu nie może nosić przesłanek „niegospodarności” Zamawiającego.

Ponadto, jak stwierdził Odwołujący, ze względu na brak jakiegokolwiek kalkulacji porównawczej realizacji inwestycji w 2 wariantach, tj. instalacja oczyszczania spalin 2 kotłów w stosunku do zabudowy instalacji oczyszczania spalin na 1 kotle, demontażu drugiego kotła węglowego i w jego miejscu zabudowy nowego kotła gazowego, wątpliwe wydaje się wskazane ograniczenie kosztów w wysokości 10 mln zł. Według najlepszej wiedzy Odwołującego, drugi wariant ze względu na zakres prac, będzie droższy, gdyż poza zabudową części wspólnej dla obu instalacji oczyszczania spalin, tj. sprężarkowni, 2 silosów, prac budowlanych, zagospodarowania terenu, dochodzą wszystkie prace związane z nowobudowaną instalacją oczyszczania spalin, tj. 1x filtr workowy, 1x reaktor odsiarczania, 1x wentylator, kanały spalin, prace w branży elektrycznej i automatyki itd. oraz całkowicie nowe zakresy, które nie były w zakresie przedmiotowym tego postępowania, a dotyczące: demontażu istniejącego kotła węglowego, zabudowy nowego kotła gazowego, przebudowy istniejących fundamentów, zabudowy nowych instalacji zewnętrznych (doprowadzenie paliwa gazowego, instalacje elektryczne, przebudowa instalacji wyprowadzenia mocy cieplnej i dostosowania do istniejącego układu).

➤W odniesieniu do argumentów odnoszących się do ochrony środowiska naturalnego

Odwołujący zauważył, że Zamawiający planując zabudowę instalacji oczyszczania spalin powoływał się na Konkluzję BAT, co samo przez się wskazuje, że planował inwestycję w trosce o ochronę środowiska naturalnego. Odwołujący zwrócił uwagę, że zabudowa instalacji oczyszczania spalin redukuje właśnie emisję SO2, związków kwaśnych oraz pyłu.

Zdaniem Odwołującego, wszystkie argumenty dotyczące dekarbonizacji musiały być znane Zamawiającemu na dzień ogłoszenia postępowania, gdyż są one następstwem polityki Unii Europejskiej ogłoszonej ponad rok wcześniej tj. w grudniu 2019 r. Kwestie dotyczące różnicy w emisyjności gazów cieplarnianych pomiędzy kotłami gazowymi a węglowymi ponad wszelką wątpliwość były znane Zamawiającemu już na etapie podejmowania decyzji o wszczęciu postępowania, czyli w styczniu 2020 r.

➤Odnosnie zdrowia publicznego, w tym wystąpienie COVID-19

Za chybione Odwołujący uznał argumenty Zamawiającego odnoszące się do zdrowia publicznego, w tym wystąpienie COVID-19. W ocenie Odwołującego, tego typu argumentacja, poza ogólnikami, o których wszyscy wiedzą (tj. troska o klimat, zmniejszenie zanieczyszczenia środowiska itp.), nie może służyć jako wykazanie troski o interes publiczny. O tym, jak zanieczyszczone jest środowisko, jak zmienia się klimat, i jakie należy podjąć działania, wiadomo od kilkudziesięciu lat - nie jest to okoliczność, która wystąpiła w trakcie toczącego się postępowania. Była ona doskonale wiadoma Zamawiającemu już w momencie wszczęcia postępowania. Odwołujący zaznaczył, że przyjmując taki sposób podejścia można by w sposób dowolny unieważnić każde postępowania związane z budową tego typu instalacji,

albowiem każda z nich w pewien negatywny sposób oddziałuje na środowisko, a tym samym i na zdrowie publiczne.

W ocenie Odwołującego, nietrafione są również argumenty związane z wystąpieniem COVID-19. Zamawiający wskazał, że ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r. poz. 568) zawiesiła możliwość zastosowania przez przedsiębiorstwa energetyczne przepisów art. 6a ust. 3, 6b ust. 1 pkt 2, ust. 2 i ust. 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (chodzi o możliwość odciążenia dłużnikowi np. paliwa gazowego lub energii). Odwołujący wskazał, że ww. ustawa weszła w życie w dniu 31 marca 2020 r., o czym pisze sam Zamawiający w swoim uzasadnieniu unieważnienia postępowania, a zatem przez blisko 7 miesięcy okoliczność ta nie przeszkadzała Zamawiającemu w procedowaniu postępowania, a okazała się zasadna dopiero po wydaniu przez KIO niekorzystnego dla Zamawiającego orzeczenia. Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający, jako przedsiębiorca, musi się liczyć z tym, że nigdy nie będzie miał 100% skuteczności w ściąganiu swoich wierzytelności, a niepłacenie przez dłużników ich zobowiązań w stosunku do Zamawiającego jest naturalnym elementem tego typu działalności.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający podając tego typu argumenty potwierdza, że tak naprawdę nie chodzi w tym przypadku o szeroko rozumiany interes publiczny, a tylko i wyłącznie o interes samego Zamawiającego. W przekonaniu Odwołującego, Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił tego, jak zmniejszyły się planowane dochody oraz tego, że ewentualna nowa inwestycja spowoduje oszczędności.

➤ Odnośnie wszczęcia postępowania z ograniczonym przedmiotem zamówienia

Odwołujący stwierdził, że łączny koszt wykonania zakresu ograniczonego razem z nową koncepcją Zamawiającego, tj. wymiana kotła węglowego na gazowy, spowoduje zwiększenie kosztów inwestycyjnych, co zapewne było spójne z szacunkiem Zamawiającego w okresie, kiedy ogłaszał postępowanie, natomiast obecna zmiana koncepcji, która zakłada dwa osobne postępowania podyktowana jest jedynie chęcią jego przeprowadzenia

z pominięciem ustawy Pzp i umożliwienia udzielenie zamówienia wykonawcy, którego ofertę KIO nakazała w tym postępowaniu odrzucić.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że przywołane przez Zamawiającego okoliczności nie uzasadniają decyzji o unieważnieniu postępowania. Odwołujący podniósł, że skorzystanie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wymaga zaktualizowania wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek jednocześnie. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił tego, że wystąpiła jakakolwiek istotna zmiana okoliczności w trakcie trwającej procedury. Jediną taką okolicznością jest co najwyżej wystąpienie COVID-19, niemniej jednak, w ocenie Odwołującego, okoliczność ta w żaden sposób nie przyczyniła się i nie mogła się przyczynić do niemożności realizacji tego zamówienia. Odwołujący wskazał ponadto, że sytuacja związana z COVID-19 występuje w naszym kraju od ponad 7 miesięcy. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że nie mógł przewidzieć okoliczności związanych z działaniem na rzecz poprawy klimatu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wykazał w żaden sposób tego, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Odwołujący uznał, że zaprezentowana przez Zamawiającego argumentacja biorąc pod uwagę moment, w którym Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania (po wydaniu dla niego niekorzystnego wyroku KIO, nakazującego mu odrzucenie forsowanej przez niego oferty Instal-Filter), wskazuje raczej na wąski interes Zamawiającego, a nie szeroko rozumiany interes publiczny, o którym mowa w tym przepisie.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający poza licznymi przywołanymi okolicznościami, nie wykazał żadnego związku pomiędzy nimi, ani żadnego logicznego powiązania. Wiedza natomiast o tych okolicznościach była wiadoma Zamawiającemu od dawna. Zdaniem Odwołującego, brak jest jakiegokolwiek innego logicznego uzasadnienia momentu dokonania czynności unieważnienia, jak niekorzystny dla Zamawiającego wyrok KIO z dnia 08 października 2020 r.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Instal-Filter.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba stwierdziła, że okoliczności wskazane przez Zamawiającego uzasadniają unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Izba miała przede wszystkim na uwadze decyzję Zamawiającego o rekonfiguracji źródła ciepła. Izba przyjęła, że w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, Zamawiający nie mógł przewidzieć, że nastąpi rekonfiguracja źródła ciepła. Jak wyjaśnił Zamawiający, przedmiotowa decyzja była spowodowana kumulatywnym spełnieniem się kilku okoliczności, w tym przede wszystkim uznaniem paliwa gazowego za paliwo przejściowe w transformacji energetycznej, zmianą cen gazu, zwiększeniem wolumenu gazu, a także prognozowanym przez Zamawiającego wpływem rekonfiguracji na zmniejszenie emisyjności SO<sub>2</sub> (dwutlenku siarki), pyłu oraz CO<sub>2</sub> (dwutlenku węgla). Izba miała na względzie ogłoszony w dniu 8 września 2020 r. projekt Polityki Energetycznej Polski do 2040 r., który wskazuje na istotną rolę gazu ziemnego jako paliwa przejściowego, a także przewidywany wzrost udziału gazu ziemnego w miksie energetycznym, o którym była mowa na VI Kongresie Energetycznym w dniach 7-8 października 2020 r. Za istotną dla decyzji Zamawiającego uznać należy także zmianę stanowiska Komisji Europejskiej w zakresie możliwości

potraktowania gazu ziemnego jako paliwa przejściowego. Powyższe Zamawiający poparł złożonymi wraz z odpowiedzią na odwołanie wyliczeniami, a także dokumentami uwiarygadniającymi decyzję o rekonfiguracji w postaci wyciągu z protokołu nr 5 z posiedzenia Rady Nadzorczej Energetyki Ciepłej Opolszczyzny SA w Opolu w dniu 21 września 2020 r., dokumentu zwołania posiedzenia Rady Nadzorczej Energetyki Ciepłej Opolszczyzny SA z dnia 3 września 2020 r., a także informacji „Stan przygotowań źródeł ciepła w spółkach Grupy Kapitałowej ECO w zakresie rekonfiguracji systemów oraz spełnienia norm środowiskowych perspektywy rozwoju instalacji OZE w Grupie Eco”. Na potwierdzenie argumentacji dotyczącej wpływu wyników negocjacji z Operatorem Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. na decyzję o rekonfiguracji Zamawiający złożył wraz z odpowiedzią na odwołanie Uchwałę nr 33/3030 Rady Nadzorczej z dnia 21 września 2020 r., pismo przewodnie Zarządu Zamawiającego z dnia 21 października 2020 r. dotyczące podpisanej Umowy o przyłączenie do sieci przesyłowej oraz pierwszą stroną umowy z Operatorem Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. Ww. dokumenty uwiarygadniają stanowisko Zamawiającego i potwierdzają, że decyzja o rekonfiguracji źródła ciepła stanowi istotną zmianę okoliczności, której Zamawiający nie mógł przewidzieć w momencie wszczęcia postępowania.

Izba stwierdziła również, że prawdopodobne oszczędności z tytułu unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wszczęcia kolejnego, osiągnięte przede wszystkim ze względu na złagodzenie wymaganych parametrów gwarantowanych, nawet jeśli będą stanowiły zysk ekonomiczny po stronie Zamawiającego, to w ostatecznym rozrachunku, przeznaczone na rekonfigurację, przyczynią się do pozytywnego wpływu na środowisko naturalne i zdrowie publiczne, co niewątpliwie stanowi interes publiczny. Przewidywane przez Zamawiającego ostateczne skutki rekonfiguracji to zmiana całkowitej nominalnej mocy źródła ciepła z przekraczającej 100MW na mniejszą niż 100MW, jak również zmniejszenie emisyjności SO<sub>2</sub>, pyłu oraz CO<sub>2</sub>. Bez wątpienia, tego rodzaju skutki leżą w interesie publicznym z uwagi na ochronę środowiska naturalnego i zdrowia publicznego. Odwołujący argumentował, że korzyści z unieważnienia przedmiotowego postępowania i wszczęcia kolejnego postępowania nie będą tak znaczące, jak tego oczekuje Zamawiający. Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, nie wykazał jednak tych okoliczności. Dowodu na powyższe nie stanowi złożony przez Odwołującego Program Funkcjonalno-Użytkowy dla postępowania ponowionego przez Zamawiającego. Dokument ten potwierdza, że oba postępowania dotyczą podobnego przedmiotu zamówienia, jednak nie takiego samego, choćby z uwagi na obniżone parametry gwarantowane. Dowodem na poparcie stanowiska Odwołującego nie może być też opracowane przez Odwołującego zestawienie postępowań na podobny przedmiot zamówienia, brak jest bowiem potwierdzenia, że przedmiot zamówienia oraz warunki realizacji przywołanych postępowań są tożsame z postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego. Okolicznością stanowiącą o wysokości cen za realizację przedmiotu zamówienia oczekiwanych przez Zamawiającego w nowym postępowaniu jest wszczęcie postępowania na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, co wskazuje pośrednio na szacowaną wartość ponowionego postępowania, niższą od wartości pierwotnego. Izba nie stwierdziła podstaw do kwestionowania czynności oszacowania przez Zamawiającego wartości ponowionego zamówienia.

Izba uznała ponadto, że twierdzenia Odwołującego, że realnym powodem unieważnienia postępowania jest brak możliwości wyboru na skutek orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt KIO 1735/20 jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Instal-Filter nie zostały dowiedzione. Izba zważyła, że Zamawiający, wykonując wyrok Izby, odrzucił ofertę Instal-Filter. Ponadto, Zamawiający nie zaskarżył orzeczenia Izby nakazującego dokonanie tej czynności.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z dnia 23 października 2020 r. była uprawniona, jako że zostały wypełnione wszystkie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania - na podstawie ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby oraz noclegu w łącznej wysokości 4 387, 34 zł.

**Przewodniczący:.....**