

Sygn. akt: KIO 2630/22

WYROK
z dnia 18 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2022 r. przez odwołującego: **R. Sp. z o.o. z siedzibą w Nisku** (ul. Torowa 49 37- 400 Nisko) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Związek Gmin Dorzecza Wisłoki z siedzibą w Jaśle** (ul. M. Konopnickiej 82 38-200 Jasło),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **R. Sp. z o.o. z siedzibą w Nisku** (ul. Torowa 49 37- 400 Nisko) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Związek Gmin Dorzecza Wisłoki z siedzibą w Jaśle** (ul. M. Konopnickiej 82 38-200 Jasło) kwotę 3.567 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę R. Sp. z o.o. z siedzibą w Nisku (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Związek Gmin Dorzecza Wisłoki z siedzibą w Jaśle na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1170), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Wykonanie inwestycji w ramach Projektu „Poprawa jakości powietrza poprzez wymianę źródeł ciepła w domach prywatnych na terenie gmin należących do Związku Gmin Dorzecza Wisłoki – Projekt 3.3.2”. Numer referencyjny: ZG.BO.271.9.2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE pod numerem 314679-2022 dnia 13/06/2022 r.

Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 255 ust 1 pkt 5 Pzp - błędne zastosowanie tego przepisu jako przesłanki obligatoryjnej powodującej unieważnienie postępowania, mimo iż wystąpienie przesłanek powyższego artykułu nie nastąpiło;
- 2) art. 254 pkt 2 Pzp - błędne zastosowanie tego artykułu co spowodowało unieważnienie postępowania, mimo iż nie było ku temu przesłanek.

Odwołujący wniósł o: 1) Zakończenie postępowania przez podpisanie umowy przez zamawiającego, zgodnie z Artykułem 254 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że (...) *posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, mieściła się w budżecie zamawiającego, a mimo to postępowanie zostało unieważnione na podstawie artykułu 255 pkt 5 ustawy Pzp. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania, wykonawca naraził się na istotne straty, stracił wskutek tego środki finansowe, które zainwestował w to postępowanie, aby zrealizować w terminie przedmiot zamówienia, czas pracowników, oraz zyski, które mógłby osiągnąć gdyby umowa została podpisana, a także aby zrealizować w terminie przedmiot postępowania Odwołujący musiał zrezygnować z innych zleceń, które wpływały do Odwołującego i były możliwe do realizacji”.*

W uzasadnieniu stanowiska podał:

Do zarzutu pierwszego - zastosowanie artykułu 255 pkt 5 Pzp i błędne unieważnienie postępowania (...) jest sprzeczne ze stanem faktycznym ze względu na to, że nie wystąpiły nowe okoliczności, o których zamawiający nie miał wiedzy przed wszczęciem postępowania przetargowego. Dodatkowo koniecznością jest podniesienie, że zamawiający nie uzasadnił ogłoszonego unieważnienia postępowania, a jedynie zostało stwierdzone, że unieważnia postępowanie na podstawie 255 pkt 5 ustawy Pzp. Poza ogłoszonym uzasadnieniem zamawiający odpowiedział na pismo wykonawcy wzywające go do podpisania umowy, w którym oznajmił, że unieważnienie postępowania nastąpiło poprzez powstanie nowych okoliczności, to jest odmowę podpisania umów przez mieszkańców ze względu na bardzo wysokie ceny ekogroszku i problem z jego dostępnością. Dodatkowo w swoim piśmie Zamawiający oznajmił, że unieważnia postępowanie także z powodu likwidacji drugiego źródła ciepła, wysokiego wkładu własnego oraz brak w kotłach drugiego rusztu do spalania innego rodzaju opału. Ustosunkowując się do argumentów zamawiającego o braku ekogroszku i jego ceny koniecznością jest stwierdzenie, że zamawiającemu był znany ten fakt przed ogłoszeniem postępowania. Zgodnie z cytowanym poniżej orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nie można powołać się na przyczyny unieważnienia postępowania, jeżeli było one wiadome wcześniej zamawiającemu. W tym przypadku Sejm w dniu 7 kwietnia uchwalił akt prawny, a Prezydent RP podpisał „Ustawę z 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego”, wprowadzającą embargo na rosyjski węgiel i powodując tym trudności w dostępie do węgla . Ogromny szum medialny z tym związany, powszechnie dostępne programy zarówno telewizyjne jak i informacje medialne w Internecie, politycy, dziennikarze i komentatorzy, alarmowali już w kwietniu o najwyższych cenach węgla i przewidywali wówczas wzrost jego cen węgla oraz wyrażali obawę o jego dostępność. Według wyliczeń Polskiego Alarmu Smogowego od stycznia do kwietnia 2022 r. ceny węgla w punktach sprzedaży wzrosły o 101 % (<https://globenergia.pl/rekordowo-drogi-wegiel-w-handludetalicznym-raport-pas-z-badania-cen-paliw/>- artykuł prasowy z geoenergia z 07.04.2022 pod tytułem - „Rekordowo drogi węgiel w handlu detalicznym – raport PAS z badania cen paliw,,.

Przedstawiony stan faktyczny spornego postępowania odzwierciedla cytowane poniżej orzecznictwo Krajowej Izby odwoławczej, to jest: „Oznacza to, że dla postępowań wszczętych po dniu wejścia w życie przepisów w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, unieważnienie postępowania w oparciu o przesłankę z art. 255 pkt 5 Pzp jest nieuprawnione, chyba że znajdą inne

dotyczy dodatkowych okoliczności. Z inną sytuacją mieliśmy bowiem do czynienia dwa lata temu, kiedy nikt nie był przygotowany na zdarzenia, z którymi mieliśmy do czynienia. Już jednak fakt, że będą miały miejsce kolejne fale epidemii, było możliwe do przewidzenia i zamawiający jako jednostka...” (Wyrok KIO 212/22).

Postępowanie przetargowe było wszczęte w czerwcu, a o wysokich cenach węgla i problemach z jego dostępnością było już wiadomo w kwietniu. Dodatkowo, 4 kwietnia 2022 r. prezydent RP podpisał ustawę z 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, wprowadzającą embargo na rosyjski węgiel i co za tym idzie trudności w dostępie do węgla. W cytowanym powyżej orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jest mowa, że „(...) zamawiający nie może unieważnić postępowania z przyczyn art. 255 pkt 5 ustawy Pzp po dniu wejścia w życie przepisów w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (...).

W tym wypadku sytuacja jest analogiczna, więc nie może się ostać decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania i wyjaśnieniu, że o podstawach unieważnienia zamawiający nie wiedział w dniu ogłoszenia postępowania. Również fakt, że zamawiający jest jednostką wyspecjalizowaną w przygotowaniu inwestycji, obsłudze gmin i planowaniu wydatków, świadczy o tym, że miał informacje w dniu ogłoszenia postępowania o problemach z węglem, zwłaszcza, że były one powszechnie znane i szeroko publicznie komentowane: <https://businessinsider.com.pl/gospodarka/w-polsce-zabraknie-8-mln-ton-wegla-po-nalozeniu-embarga-na-rosje/l89ckgp> - artykuł prasowy z dnia 18 kwietnia 2022 r. pod tytułem „W Polsce zabraknie 8 mln ton węgla po nałożeniu embarga na Rosję” <https://wysokienapiecie.pl/krotkie-spicie/sejm-przyj-ustaw-wprowadzaj-c-embargo-narosyjski-w-giel/> - artykuł prasowy z dnia 08.04.2022 r. pod tytułem „Sejm przyjął ustawę wprowadzającą embargo na rosyjski węgiel.

Zgodnie z wyrokiem KIO 212/22, który odzwierciedla podobną sytuację i cytując owo orzecznictwo, koniecznością jest stwierdzenie, że nie było żadnych nowych okoliczności, o których zamawiający nie miał wiedzy. („W kontekście jednak możliwości zastosowania art. 255 pkt 5 ustawy Pzp pamiętać należy, że aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania musi udowodnić, że w momencie wszczęcia postępowania nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym.”) W tym momencie należy również podnieść fakt, że zamawiający w ogóle nie udowodnił w żaden sposób swojej decyzji o

unieważnieniu postępowania, w szczególności w piśmie o unieważnieniu postępowania nie przedstawił swojego stanowiska co do istotnej zmiany okoliczności.

Wycofanie się mieszkańców z projektu z powodu wojny, która trwała już od lutego i problemów z węglem, które trwały od kwietnia, nie może być przyczyną unieważnienia postępowania, ponieważ tak zamawiający jak i mieszkańcy wiedzieli o konflikcie międzynarodowym jak i o wprowadzonym w kwietniu embargu na rosyjski węgiel.

Argument mieszkańców o braku w kotłach drugiego rusztu do spalania innego rodzaju opału również nie może być wzięty pod uwagę, gdyż od początku postępowania był znany.

Dodatkowo zamawiający powinien dopilnować podpisania umów z mieszkańcami i w odpowiedni sposób zabezpieczyć wykonanie projektu, aby projekt był zrealizowany i nie przepadały pieniądze publiczne zainwestowane w przygotowanie postępowania jak i jego realizację.

Ponadto, podawanie przyczyny unieważnienia postępowania z powodu decyzji mieszkańców i tego, że nie są oni zainteresowani wymianą kotłów, nie może się ostać, ponieważ im również były znane problemy z węglem jeszcze przed ogłoszeniem postępowania. Następnie podniesiona teza zamawiającego, że mieszkańcy poniosą duży wkład własny za wymianę kotłów nie może się ostać, skoro wykonawca nie przekroczył budżetu zamawiającego, a wręcz zaoferował przedmiot postępowania w niższej cenie. Informacja o wkładzie własnym jak i likwidacji drugiego źródła ciepła była znana mieszkańcom przed ogłoszeniem postępowania i określona w projekcie wymiany kotłów.

Ponadto zamawiający pomija fakt, że mieszkańcy będący beneficjentami dofinansowania ogrzewają w tej chwili swoje domy przestarzałymi kotłami o sprawności około 50-70 %, zasilanymi głównie węglem i drewnem, które to (drewno) podobnie jak węgiel jest również rekordowo drogie, natomiast nowoczesne kotły mające być przedmiotem dostawy są znacznie bardziej oszczędne (sprawność na poziomie 90%), więc ich wymiana przy wysokich cenach paliw jest dla beneficjenta tym bardziej opłacalna (zużycie paliwa mniejsze o 30 – 50%). Pomimo faktu, że zamawiający wiedział o problemach z węglem, trzeba stwierdzić, że rząd uruchomił dopłaty do węgla w wysokości 3000 zł, importuje coraz więcej tego surowca zza granicy, a Polska Grupa Górnicza – największy producent węgla w Polsce zapowiedział znaczące zwiększenie wydobycia, którego skutkiem ma być poprawa dostępności węgla i spadek jego cen.

Odnosząc się na kanwie artykułu 255 pkt 5 ustawy Pzp do interesu publicznego, należy stwierdzić, że zamawiający unieważniając postępowanie nie działa w interesie publicznym, a wręcz jego decyzja oznacza działanie na szkodę interesu publicznego, gdyż wymiana kotłów jak zaznaczono w projekcie ma wpłynąć na poprawę jakości powietrza w gminach, co

jest określone zarówno w tytule projektu, jak i zapisach SWZ oraz RPO województwa podkarpackiego. Tym samym rezygnacja z projektu będzie negatywnie oddziaływać na środowisko i lokalną społeczność, znacznie liczniejszą niż tylko liczba beneficjentów nowych źródeł ciepła w przedmiotowym zamówieniu.

Interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem zamawiającego (przypis 227 - Por. wyrok SO w Gliwicach z 10 listopada 2005 r., III Ca 855/05, niepubl.). O tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, nie przesądza obawa o wyższe koszty ogrzewania i aktualne, najprawdopodobniej chwilowe zawirowania na rynku paliw, wszak wymiana przestarzałych źródeł ciepła następuje w Polsce od wielu lat i odbywa się to właśnie w celu realizacji interesu publicznego jakim jest zmniejszenie poziomu tzw. niskiej emisji i poprawa jakości powietrza. Przedmiot zamówienia (nowoczesne kotły na ekogroszek) spełniał te wymagania w pełni i przyczyniłby się do nie tylko do znaczącego (ponad 90%) zmniejszenia emisji z domów beneficjentów projektu, a więc także do realizacji interesu publicznego, ale także do zmniejszenia kosztów ogrzewania u mieszkańców, którzy ogrzewają swoje domy przestarzałymi i mniej sprawnymi kotłami na węgiel.

Zgodnie z orzecznictwem, należy zaznaczyć, że istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie (zob. wyrok z dnia 6 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 156/12).

Dodatkowo, ze względu na inflację, jeżeli dojdzie do kolejnego postępowania, to cena za ten sam produkt będzie istotnie wyższa. Koniecznością jest nadmienienie, że wymiana kotłów miała nastąpić z dofinansowania, którego kolejny raz zamawiający może nie otrzymać.

Zgodnie z Wyrokiem (...) KIO 269/22 który stwierdził, iż przepis 255 pkt 5 ustawy Pzp 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. Przesłanki unieważnienia postępowania wymienione w ww. przepisie muszą zostać spełnione łącznie, tj. brak zaistnienia chociażby jednej z tych przesłanek oznacza, że zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia postępowania na tej podstawie prawnej.

Dodatkowo koniecznością jest podniesienie faktu, iż zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego realizacja tego zamówienia nie leży w interesie publicznym, a orzecznictwo stoi na stanowisku, że właśnie zamawiający powinien wyjaśnić dlaczego

unieważnia postępowanie i uzasadnić, że jego decyzja wyczerpuje wszystkie przesłanki z art. 255 pkt 5 ustawy Pzp (wyrok KIO 269/22).

Podsumowując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej należy podnieść szereg nieprawidłowości w decyzji unieważniającej postępowanie przetargowe przez zamawiającego. Istotnym także jest fakt, że lakoniczne argumenty podane przez zamawiającego w piśmie odpowiadającym na wezwanie do zawarcia umowy były mu wiadome już przed wszczęciem postępowania, co jest sprzeczne z istotą unieważnienia postępowania na podstawie 255 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty podnoszone w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. Podnoszona w odwołaniu argumentacja, a także przedkładane na rozprawie dowody przez Zamawiającego potwierdziły, że w tej sprawie zasadne było zastosowanie przepisu art. 255 pkt 5 Pzp jako podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przedmiotem tego postępowania – zgodnie z SWZ i OPZ - jest: (...) *wykonanie wymiany istniejącego źródła ciepła w domach prywatnych obejmujące zaprojektowanie, demontaż istniejącego źródła ciepła, dostawę i montaż urządzeń instalacji kotłów na ekogroszek na potrzeby c.o. i c.w.u. w ramach Projektu „Poprawa jakości powietrza poprzez wymianę źródeł ciepła w domach prywatnych na terenie gmin należących do Związku Gmin Dorzecza Wisłoki – projekt 3.3.2”.*

To postępowanie prowadzi – m.in. zgodnie z rozdziałem 1 SWZ - Związek Gmin Dorzecza Wisłoki z siedzibą w Jaśle, działający na podstawie Umowy partnerskiej w sprawie wspólnej realizacji Projektu, a także pełnomocnictw, w imieniu: (1) Miasta Dębica, (2) Gminy Dębica, (3) Miasta Jasło, (4) Gminy Jasło, (5) Gminy Jedlicze, (6) Gminy Pilzno, (7) Gminy Żyraków, zwanych „Partnerami Projektu” lub „Gminami Partnerskimi”. Związek Gmin Dorzecza Wisłoki - tak jak wskazano w SWZ – *„jest upoważniony do przeprowadzenia niniejszego postępowania przetargowego jako Lider Projektu pn. „Poprawa jakości powietrza poprzez wymianę źródeł ciepła w domach prywatnych na terenie gmin należących do Związku Gmin Dorzecza Wisłoki”, zgodnie z § 4 ust. 5 Umowy partnerskiej w sprawie wspólnej realizacji Projektu z dnia 24.09.2018 r.”*

W SWZ – rozdział 3 OPZ wskazano także, że: *„Do podstawowych zadań Wykonawcy należy: wykonanie dokumentacji technicznej, demontaż istniejącego źródła ciepła, dostawa urządzeń i zapewnienie materiałów niezbędnych dla realizacji inwestycji w szczególności kotła oraz dostosowanie instalacji odprowadzającej spaliny (w przypadku, gdy to będzie*

wymagane ze względu na stan istniejącego komina), zrealizowanie inwestycji i uruchomienie instalacji, indywidualne przeszkolenie użytkowników instalacji w lokalizacjach instalacji.

Zrealizowanie Projektu będzie skutkowało osiągnięciem efektu ekologicznego w postaci redukcji emisji do atmosfery dwutlenku węgla oraz innych szkodliwych gazów – ograniczenie niskiej emisji.

Zakres zadania obejmuje wymianę starych nieefektywnych kotłów opalanych paliwem stałym na automatyczne kotły opalane ekogroszkiem w gospodarstwach domowych, w następującej ilości:

Instalacje kotłów na ekogroszek o mocach od 8 kW do 25 kW w ilości 47 szt., oraz przeszkolenie użytkowników powyższych instalacji”.

W tej części SWZ również wskazano: „Planowane przedsięwzięcie służyć będzie produkcji energii cieplnej z wykorzystaniem kotłów centralnego ogrzewania opalanych ekogroszkiem, na potrzeby własne budynków prywatnych położonych na terenie: województwa podkarpackiego, w powiecie jasielskim: Miasto Jasło, gmina Jasło; w powiecie krośnieńskim: gmina Jedlicze, powiat dębicki Miasto Dębica, gminy: Dębica, Pilzno, Żyraków”.

W SWZ także wskazano, że zamówienie miało być finansowane ze środków UE, zaznaczając: „Projekt realizowany w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2014-2020, Oś priorytetowa III Czysta energia, Działanie 3.3 Poprawa jakości powietrza, Poddziałanie 3.3.2 Redukcja emisji.”

W piśmie z dnia 14 września 2022 r. skierowanym do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego – Instytucji zarządzającej – Związek Gmin Dorzecza Wisłoki podał: „W związku z wycofaniem się z udziału w Projekcie, Związek Gmin Dorzecza Wisłoki jako Beneficjent Projektu „Poprawa Jakości powietrza poprzez wymianę Źródeł ciepła w domach prywatnych na terenie gmin należących do Związku Gmin Dorzecza Wisłoki — Projekt 3.3.2” nr RPPK.03.03.02-18-0012/18-00 wnioskuje o rozwiązanie Umowy o dofinansowanie w wyniku zgodnej woli stron, na podstawie zapisów S20 ust. 2. Umowy.” Dalej w tym piśmie Zamawiający wskazał na działania podejmowane przez Związek w kierunku realizacji Projektu oraz uzasadnił powód podjętego kroku. Mianowicie w tym piśmie podano: „Po podpisaniu umowy o dofinansowanie, ZGDW otrzymał od Instytucji Zarządzającej pismo określające sposób potwierdzania przez mieszkańca braku możliwości podpięcia do sieci gazowej, które radykalnie zmieniło możliwość skorzystania mieszkańców z projektu. Skutkiem tego była konieczność redukcji zakresu projektu o ok. 87%. Związek czynił starania o realizację Projektu 3.3.2 w uszczuplonej ilości instalacji. Wysłany do IZ Wniosek o zmianę zakresu rzeczowego Projektu (zmniejszenie ilości kotłów do 50 szt.) oraz

przedłużenie terminu realizacji Projektu do końca czerwca 2022 r. uzyskał akceptację IZ w dniu 09.07.2021 r. W grudniu 2021 r. przeprowadzono techniczną weryfikację możliwości montażu instalacji kotłów w adresach mieszkańców, którzy złożyli wnioski w gminach w celu potwierdzenia zakresu rzeczowego do dokumentacji przetargowej. W wyniku przeprowadzonego w Gminach w lutym 2022 r. dodatkowego naboru wniosków mieszkańców, którzy nie posiadają sieci gazowej na działce finalnie zebrano listę 47 chętnych mieszkańców spełniających kryteria. Z uwagi na konieczność zapewnienia list mieszkańców Związek zwrócił się do IZ o przedłużenie terminu realizacji Projektu i w dniu 28.03.2022 r. uzyskano akceptację IZ przedłużenia terminu do dnia 15.12.2022 r. W dniu 27.04.2022 r. wszczęto procedurę przetargową z terminem otwarcia ofert wyznaczonym na 03.06.2022 r. W wyznaczonym terminie nie wpłynęła żadna oferta. Przeanalizowano ponownie zapisy SWZ oraz skonsultowano z ekspertami zewnętrznymi kwestie wymogów technicznych i po wprowadzeniu zmian ponownie ogłoszono przetarg. Jednocześnie uzyskano kolejne przedłużenie terminu realizacji Projektu do 28.02.2023 r. W dniu 18.07.2022 wpłynęły dwie oferty, z których w dniu 09.08.2022 r. wybrano wykonawcę firmę Rakoczy Sp. z o. o. Okres związania Ofertą obowiązuje do dnia 12.10.2022 r. Umowa przewiduje realizację 47 kotłów z możliwością zmniejszenia ilości o 20 %. W dniu 09.08.2022 r. dokonano wyboru wykonawcy, jednak umowa nie została podpisana. Niezależnie, w postępowaniu wszczętym w trybie zapytania ofertowego na usługę Inspektora Nadzoru dla Projektu otrzymano 2 oferty. Procedurę wyboru wstrzymano, a postępowanie planuje się unieważnić. Podczas podpisywania umów z mieszkańcami w Gminach w sierpniu br. wiele osób zrezygnowało z udziału w Projekcie i na dzień 06.09.2022 r. pozostały 4 pewne adresy do montażu. Jako powody rezygnacji mieszkańcy podają w bardzo wysokie Ceny ekogroszku i problem z jego dostępnością, konieczność likwidacji drugiego Źródła ciepła, wysoki wkład własny oraz brak w kotłach długiego rusza: do spalania innego rodzaju opału. W związku z tym ewentualny dodatkowy nabór nie przyniosłby pozytywnego efektu. Z uwagi na brak wystarczającej ilości adresów do montażu oraz niepewną sytuację rynkową dotyczącą dostępności i cen ekogroszku, Zarząd Związku Gmin Dorzecza Wisłoki w dniu 07.09.2022 r. podjął decyzję o zaniechaniu realizacji Projektu. Z uwagi na konieczność podjęcia kroków w kierunku unieważnienia postępowania przetargowego na Wykonawcę i Inspektora Nadzoru będziemy wdzięczni za pozytywne rozpatrzenie naszej prośby i szybką odpowiedź”.

Zamawiający w decyzji z dnia 26 września br informując o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy i podając, że: (...) unieważnia postępowanie z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć”, to stanowisko uzasadnił w odrębnym piśmie (również z datą 26.09.22)

skierowanym do Odwołującego. W tym piśmie nawiązując do pisma wykonawcy z dnia 19.09.22 podał w szczególności, że: „Na dzień ogłoszenia postępowania przetargowego Zamawiający posiadał listę 47 mieszkańców zainteresowanych wymianą dotychczasowego źródła ciepła na kocioł na ekogroszek. Podczas podpisywania umów z mieszkańcami w Gminach, większość osób zrezygnowało z udziału w Projekcie i na dzień 06.09.2022 r. pozostały 4 pewne adresy do montażu”. Dalej rzeczywiście wskazał na powody rezygnacji mieszkańców (w szczególności: bardzo wysokie ceny ekogroszku i problem z jego dostępnością, konieczność likwidacji drugiego źródła ciepła, wysoki wkład własny oraz brak w kotłach drugiego rusztu do spalania innego rodzaju opału) oraz wskazał na trudną sytuację międzynarodową dotyczącą cen i dostępności paliw węglowych, związaną z konfliktem wojennym na Ukrainie, która to sytuacja w najbliższym czasie – w jego ocenie - nie poprawi się. W związku z tym – jak podał – „ewentualny dodatkowy nabór mieszkańców nie przyniósłby pozytywnego efektu. W związku z zaistniałą sytuacją, w dniu 14.09.2022 r. Zamawiający wystąpił do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego o rozwiązanie Umowy o dofinansowanie Projektu. Z uwagi na zaistniałe okoliczności Zamawiający został zmuszony do zaniechania realizacji Projektu i unieważnienia nin. postępowania przetargowego”.

Zasadniczym zatem powodem unieważnienia przedmiotowego przetargu był brak możliwości osiągnięcia zakładanego celu, a mianowicie poprawy jakości powietrza poprzez wymianę źródeł ciepła w domach prywatnych na terenie gmin należących do Związku Gmin Dorzecza Wisłoki, co było podkreślane w opisie projektu.

Zgodnie z art. 255 pkt 5 Pzp 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. Niewątpliwie za istotną zmianę okoliczności nie będzie mogła zostać uznana każda zmiana okoliczności, albowiem pewna skala zmian mieści się w zakresie zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego (jak jest to w doktrynie i orzecznictwie określane) - normalnego ryzyka kontraktowego. Tak jak się wskazuje także w doktrynie i orzecznictwie - istotna zmiana okoliczności może być następstwem okoliczności o charakterze faktycznym (np. blokada środków w budżecie przeznaczonych na postępowanie) czy prawnym (np. zbędność przedmiotu świadczenia z uwagi na zdjęcie obowiązku realizacji określonego zadania w wyniku uchylecia przepisów nakładających na inwestora obowiązek remontu określonych kategorii dóbr). Zmiana okoliczności musi zatem powodować upadek potrzeby udzielenia zamówienia lub kontynuowania postępowania w świetle interesu publicznego. Za interes publiczny uznaje się przede wszystkim 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 przykładowo jak w przedmiotowej sprawie z ochroną środowiska. Zamawiający w tej sprawie – zdaniem Izby - dokonał przed wszczęciem postępowania z należytą starannością analizy potrzeb (art. 83 Pzp) związanych z realizacją tego zamówienia. Ryzyka, które wystąpiły po wyborze oferty, nie były wcześniej mu znane. Izba ma w tym przypadku na uwadze kluczową okoliczność: brak zgody mieszkańców w sytuacji gdy przedsięwzięcie miało być realizowane w ich lokalach za ich zgodą (wg SWZ: zamówienia miało zostać zrealizowane *na potrzeby własne budynków prywatnych*). Wymagane deklaracje właściciele przed wszczęciem przetargu złożyli i jak informował Zamawiający: *„Na dzień ogłoszenia postępowania przetargowego Zamawiający posiadał listę 47 mieszkańców zainteresowanych wymianą dotychczasowego źródła ciepła na kocioł na ekogroszek”*. Natomiast po rozstrzygnięciu przetargu: *„Podczas podpisywania umów z mieszkańcami w Gminach, większość osób zrezygnowało z udziału w Projekcie i na dzień 06.09.2022 r. pozostały 4 pewne adresy do montażu”*.

Tym samym w tej sprawie zaistniała istotna, nieprzewidywalna w chwili wszczęcia postępowania zmiana okoliczności, uzasadniająca unieważnienie postępowania, której Zamawiający w chwili wszczęcia postępowania, przy dołożeniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć i ta zmiana miała wpływ na kolizję interesu publicznego z możliwością wykonania przedmiotowego zamówienia.

Konkludując Izba stwierdziła, że nie podlega tym samym uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia omawianego art. 255 pkt 5 Pzp jak i wskazany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 254 pkt 2 ustawy Pzp, którego zastosowanie także - z uwagi na prawidłowe podstawy unieważnienie postępowania - było uzasadnione.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....