Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Piotr Pełka
Dyrektor
Departamentu Monitorowania Pomocy Publicznej

Warszawa, 28 lipca 2020 r.

[redacted]

[redacted]

ul. [redacted]

Szanowny Panie Dyrektorze,

w odpowiedzi na pismo z 13 lipca 2020 r. [redacted] zawierające prośbę o potwierdzenie, że dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w toku postępowania prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), dalej: „PZP", w przypadku wskazania przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości unieważnienia postępowania w oparciu o przepisy art. 93 ust. 1a PZP, a także zawarcie umowy warunkowej z generalnym wykonawcą, nie oznacza podjęcia decyzji inwestycyjnej w rozumieniu art. 2 pkt 3a ustawa z dnia 14 grudnia 2018 r. o promowaniu energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji (Dz. U. z 2020 poz. 250 ze zm.), dalej: „ustawa CHP", ponieważ nie stanowi zobowiązania, które sprawia, że inwestycja staje się nieodwracalna, pragnę przedstawić co następuje.

Zgodnie z przekazanymi informacjami, [redacted] może ubiegać się o uzyskanie wsparcia dla swoich projektów poprzez udział w aukcji, przewidzianej w rozdziale 3 ustawy CHP (dla nowych jednostek kogeneracji o mocy zainstalowanej elektrycznej poniżej

50 MW) oraz naborze, przewidzianym w rozdziale 5 ustawy CHP (dla nowych jednostek kogeneracji o mocy zainstalowanej elektrycznej co najmniej 50 MW).

Zgodnie z art. 2 pkt 14 ustawy CHP, **za nową jednostkę kogeneracji uznaje się taką jednostkę kogeneracji (...), co do której decyzję inwestycyjną podjęto po dniu wygrania aukcji[1] albo naboru[2]**. Jednocześnie, **decyzja inwestycyjna** jest rozumiana jako rozpoczęcie robót budowlanych związanych z inwestycją albo podjęcie wiążącego zobowiązania do zamówienia urządzeń lub inne zobowiązanie, które sprawia, że inwestycja staje się nieodwracalna, z wyłączeniem zakupu gruntów oraz prac przygotowawczych, polegających na uzyskiwaniu zezwoleń i wykonywaniu wstępnych studiów wykonalności, w zależności od tego, które zdarzenie nastąpi wcześniej (art. 2 pkt 3a ustawy CHP). W celu weryfikacji spełnienia wskazanego warunku wymagane jest przedstawienie przez wytwórcę, przed dniem złożenia pierwszego wniosku o wypłatę wsparcia, dokumentów potwierdzających, że decyzja inwestycyjna dotycząca budowy nowej jednostki kogeneracji została podjęta po dniu wygrania aukcji lub naboru (odpowiednio art. 27 ust. 1 pkt 1 oraz art. 51 ust. 1 pkt 1 ustawy CHP). W przypadku nieprzedstawienia ww. dokumentów lub gdy wynika z nich, że decyzja inwestycyjna została podjęta przed dniem wygrania aukcji lub naboru, wytwórca traci prawo do wypłaty wsparcia, co stwierdza Prezes URE w drodze decyzji (art. 27 ust. 2 pkt 2 i art. 51 ust. 2 pkt 2 ustawy CHP).

Jak słusznie Państwo wskazali, w ramach analizy spełnienia tzw. efektu zachęty (wykazania braku podjęcia ww. decyzji inwestycyjnej), ogłoszenie o zamówieniu i wybór najkorzystniejszej oferty w toku postępowania prowadzonego w oparciu o przepisy PZP, a także podpisanie warunkowej umowy z generalnym wykonawcą powinno rozpatrywać się jako potencjalne **„inne zobowiązanie czyniące inwestycję nieodwracalną"**. Analizie powinna zatem podlegać możliwość „odwracalności" inwestycji w związku z podjęciem ww. zobowiązań.

Zgodnie z art. 93 ust. 1a PZP, zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu[3]. Kwestią kluczową jest zatem stwierdzenie, **jakie czynności zamawiającego należą do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które przy spełnieniu ww. warunków może zostać unieważnione.**

---

[1] Dla jednostek o mocy zainstalowanej elektrycznej nie mniejszej niż 1 MW i mniejszej niż 50 MW.
[2] Dla jednostek o mocy zainstalowanej elektrycznej nie mniejszej niż 50 MW.
[3] Albo zaproszeniu do negocjacji albo zaproszeniu do składania ofert.

Pragnę zauważyć, że zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, zawartym w opinii *Nowe podejście do badania konfliktu interesów*[4], czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...) będą w szczególności czynności związane z wyborem oferty najkorzystniejszej, odrzuceniem oferty, wykluczaniem wykonawców, oceną spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, badaniem ofert - dokonywane od momentu wszczęcia postępowania (które stanowi publikacja ogłoszenia o zamówieniu lub przesłanie zaproszenia do składania ofert lub zaproszenia do negocjacji) do chwili udzielenia zamówienia publicznego (rozumianego jako podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego)[5]. Kwestia momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiła wcześniej przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 r. (sygn. III CZP 103/10), stwierdził, iż *„(...) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy Pzp, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r. (...), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (...)"*[6]. Powyższe rozumienie zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znalazło odzwierciedlenie w przepisach nowej ustawy Prawo zamówień publicznych[7], której przepisy wejdą w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. Zgodnie z art. 7 pkt 18 tej ustawy, postępowanie o udzielenie zamówienia to postępowanie (...) kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu.

---

[4] https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/nowe-podejscie-do-badania-konfliktu-interesow

[5] Warto zauważyć, że UZP w przedmiotowej opinii, opublikowanej w marcu 2018 r., zmienił swoją wcześniejszą interpretację, zgodnie z którą podpisanie umowy stanowiło czynność dokonywaną po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Zob. *Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia (ZP-11) o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy PZP)*. Lex online, nr 27705. Zob. także: https://www.monitor-zamowien.pl/artykul/podpisanie-umowy-elementem-postepowania.

[6] Zob. również: Komentarz aktualizowany do art. 17 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., LEX/el., 2020.

[7] Ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.).

Podsumowując, należy przyjąć, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trwa do momentu zawarcia umowy w przedmiocie realizacji zamówienia publicznego albo unieważnienia tego postępowania. Zatem, jeżeli:

- zamawiający nie uzyskał środków, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia oraz
- możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu,

ma on możliwość unieważnienia ww. postępowania także po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty aż do momentu zawarcia umowy w przedmiocie zamówienia (umowa ta nie stanowi już jednak czynności w ww. postępowaniu). W związku z powyższym, zamawiający (wytwórca), który przed rozstrzygnięciem aukcji/naboru, o których mowa w ustawie CHP, wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie PZP, a w ogłoszeniu o zamówieniu zapewnia sobie możliwość i prawo unieważnienia postępowania w przypadku niewygrania aukcji/naboru (zgodnie z art. 93 ust. 1a PZP), gwarantuje sobie, że **wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie czyni inwestycji nieodwracalną**, gdyż postępowanie to może być przez niego unieważnione na każdym etapie, tj. również po otwarciu ofert złożonych w postępowaniu i wyborze najkorzystniejszej z nich.

W odniesieniu do analizy zawarcia umowy z generalnym wykonawcą w kontekście podjęcia decyzji inwestycyjnej w rozumieniu art. 2 pkt 3a ustawy CHP, pragnę zauważyć, że **zawarcie takiej umowy, w której umieszczono klauzulę zawieszającą**, zgodnie z którą „warunkiem realizacji umowy będzie informacja o wygranej przez zamawiającego aukcji/naboru na premię kogeneracyjną/premię kogeneracyjną indywidualną (przy założeniu, że odpowiednie klauzule dotyczące warunkowości zostaną zawarte również we wzorze umowy)", **nie spełnia przesłanek podjęcia decyzji inwestycyjnej**. W przypadku bowiem zawarcia umowy z warunkiem zawieszającym (który uzależnia powstanie skutków czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego), jej skutki prawne uzależnione są od przyznania zamawiającemu (wytwórcy) środków, które planuje przeznaczyć na realizację inwestycji (informacja o wygranej aukcji/naborze[8]). **Zobowiązanie to nie czyni zatem inwestycji nieodwracalną.**

Pragnę zatem potwierdzić, że ani wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, w którym zastrzeżono możliwość unieważnienia tego postępowania w przypadku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1a PZP, ani zawarcie ww. umowy

[8] Prezes URE niezwłocznie po rozstrzygnięciu aukcji/naboru informuje o jej wynikach wytwórców, których oferty wygrały aukcję/nabór (art. 23 ust. 6 oraz art. 50 ust. 9 ustawy CHP).

warunkowej w sprawie zamówienia publicznego, nie jest podjęciem decyzji inwestycyjnej w rozumieniu art. 2 pkt 3a ustawy CHP, ponieważ klauzule zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, a także w samej umowie z generalnym wykonawcą sprawiają, że powzięcie tych zobowiązań nie czyni planowanej inwestycji nieodwracalną. Tym samym, efekt zachęty będzie spełniony także po złożeniu wniosku o udzielenie pomocy po podjęciu przez wytwórcę ww. czynności.

Z poważaniem,

Piotr Pełka
Dyrektor
Departamentu Monitorowania
Pomocy Publicznej
/podpisano elektronicznie/

Do wiadomości:

1. Pani Donata Nowak, Dyrektor Departamentu Efektywności Energetycznej i Kogeneracji, Urząd Regulacji Energetyki
2. Pan Piotr Sprzączak, Dyrektor Departamentu Ciepłownictwa, Ministerstwo Klimatu