

POSTANOWIENIE
z dnia 30 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 30 sierpnia 2021 roku w Warszawie wniosku z dnia 24 sierpnia 2021 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Zamawiającego: Zarząd Zieleni m.st. Warszawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Prace ogrodniczo-porządkowe na terenie międzywała Wisły/356,88 ha/w granicach m.st. Warszawy w ramach tzw. Służby Brzegowej - cz. I opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/9035-086666 z dnia 19 lutego 2021 r.

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

W dniu 24 sierpnia 2021r. Zamawiający: Zarząd Zieleni m.st. Warszawy na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub p.z.p. złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 p.z.p.

Zamawiający wskazał, że 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, co wypełnia przesłankę zawartą w art. 578 ust. 2 pkt 1 p.z.p. uchylenia zakazu zawarcia umowy przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zamawiający motywował, że wszczął postępowanie w dacie 16 lutego 2021r. r., czyli niezwłocznie po powzięciu informacji o zaistnieniu interesu publicznego i zapewnieniu środków na sfinansowanie zamówienia, a przedmiotowym interesem publicznym jest:

1) Niedoprowadzenie do zagrożenia życia i zdrowia użytkowników bulwarów wiślanych, mieszkańców i turystów;

2) Zapewnienie jak najwyższego standardu utrzymania terenów publicznych zlokalizowanych nad Wisłą z uwzględnieniem specyficznej charakterystyki terenu polegającej na:

a. Wysokiej randze miejsca jako terenu reprezentacyjnego dla m.st. Warszawy oraz terenu rekreacji i odpoczynku dla mieszkańców miasta.

b. Bardzo intensywnym natężeniu ruchu turystycznego.

c. Konieczności pogodzenia funkcji rekreacyjnej z ochroną środowiska oraz ochroną przeciwpowodziową.

d. Zróżnicowaniu terenu - od intensywnie użytkowanych bulwarów i plaż po Port Czerniakowski.

e. Rozległości obszaru ciągnącego się wzdłuż rzeki na przestrzeni wielu kilometrów i obejmującego swym zasięgiem kilka dzielnic.

f. Wysokiej koncentracji infrastruktury oraz elementów architektonicznych.

g. Dużej dynamice zmian i aktualnych potrzeb wymagających szybkiego reagowania.

h. Dużej presji użytkowników na miejską infrastrukturę i związaną z tym potrzebę częstego wykonywania napraw i konserwacji.

i. Koncentracji gruntów oraz infrastruktury przeznaczonej na wynajem pod komercyjną działalność gospodarczą w tym restauracje i bary oraz liczne wydarzenia miejskie, okolicznościowe, itp.;

3) Konieczność zachowania ciągłości prac polegających na utrzymaniu czystości i porządku na terenie bulwarów, które są jednym z najbardziej reprezentacyjnych miejsc w Warszawie;

4) Zachowanie czystości Wisły, która jest bezpośrednio narażona na przedostanie się do jej wód odpadów pochodzących z bulwarów w tym nie podlegających rozkładowi w środowisku jak folia, szkło czy plastik;

5) Konieczność zachowania ciągłości prac polegających na utrzymaniu zieleni;

6) Konieczność codziennego sprzątnięcia odpadów pozostawionych przez dziesiątki tysięcy turystów odwiedzających bulwary każdego dnia. Średnio każdego dnia z bulwarów uprzątniętych jest 3,3 tony śmieci, a w okresie od maja do października ilość odpadów jest nawet dwu- trzykrotnie większa, natomiast w weekendy dochodzi nawet do kilkudziesięciu ton;

7) Konieczność zapewnienia bezpieczeństwa użytkownikom bulwarów;

8) Konieczność utrzymania w dobrym stanie infrastruktury technicznej i rekreacyjnej;

9) Zapewnienie możliwości organizacji zaplanowanego na 4 września wydarzenia kulturalnego pn. Święto Wisły oraz kilkunastu innych wydarzeń, w tym komercyjnych na które m.st Warszawa zawarło już umowy;

10) Utrzymanie niezachwianego wizerunku Warszawy jako miasta czystego i przyjaznego zarówno mieszkańcom jak i turystom.

Zwrócił uwagę, że powyższe jest tożsame z wytycznymi wskazanymi w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z 12.03.1997 r., OTK 1997/1, poz. 15., gdzie podniesiono, że interes publiczny stanowią 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.

Zamawiający podkreślił, że negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na nie zawarcie umowy, są:

1 Zagrożenie sanitarne wywołane brakiem możliwości uprzątnięcia dużych ilości odpadów w tym resztek żywności lub odpadów związanych z przechowywaniem i spożywaniem żywności (w tym zbitę szkło), opakowań po płynach eksploatacyjnych, substancji chemicznych, zużytego sprzętu elektronicznego oraz padłych zwierząt;

2 Bezpośrednie zagrożenie dla życia, zdrowia i bezpieczeństwa użytkowników bulwarów spowodowane brakiem drobnych napraw, np. barierek odgradzających teren wysokiego nabrzeża od lustra wody;

3 Bezpośrednie zagrożenie dla życia, zdrowia i bezpieczeństwa użytkowników bulwarów spowodowane brakiem pielęgnacji zieleni np. brakiem wycinki zagrażających upadkiem drzew czy większych konarów;

4 Narażenie m.st. Warszawy na straty finansowe z powodu ewentualnych roszczeń lub utraty przychodów z tytułu najmu;

5 Wywołanie plagi szczurów, które są coraz większym problemem w Warszawie i pojawiły się również na bulwarach;

6 Doprowadzenie do zanieczyszczenia wód powierzchniowych Wisły odpadami niepodlegającymi rozkładowi jak plastik, szkło czy folia;

7 Bezpośrednie zagrożenie dla środowiska międzywała w tym zwierząt takich jak ptaki;

8 Straty w zieleni miejskiej - zamieranie niepielęgnowanych drzew i roślinności niskiej;

9 Brak możliwości szybkiego zareagowania w sytuacji wzrostu zagrożenia epidemiologicznego rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej COVID-19, np. wyłączenie z użytkowania elementów małej architektury czy grodzenie terenu;

10 Brak możliwości szybkiego zareagowania w sytuacji wezbrania i zagrożenia powodziowego, takiego jak np. usuwanie ruchomych elementów infrastruktury, koszy z odpadami itp.;

11 Brak możliwości wykaszania terenów może spowodować wzrost ilości kleszczy, których aktywność wzrasta we wrześniu;

12 Niepowetowane szkody wizerunkowe i finansowe dla m.st. Warszawy;

13 Utrata gwarancji udzielonej przez wykonawcę bulwarów spółkę Skanska S.A. na znaczną część nowo wybudowanego odcinka bulwarów.

Według Zamawiającego - wyżej wymienione 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 postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w następujący sposób uprawdopodobniał, że odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy:

1) Odwołujący nie wniósł żadnych zastrzeżeń ani zapytań do opisu przedmiotu zamówienia na etapie postępowania i złożył ofertę zarówno na I jak i na II część zamówienia. Świadczy to o tym, że opis przedmiotu zamówienia nie budził jego zastrzeżeń i nie miał co do niego wątpliwości;

2) Domniemane przez Odwołującego zaniechanie polegające na nieokreśleniu ilości zbieranych odpadów dotyczy w równym stopniu części I i II przedmiotowego postępowania. W obu ilość ta nie była określona. Jednak Odwołujący nie odwołał się od rozstrzygnięcia postępowania w części II, a co więcej uczestniczy w realizacji umowy podpisanej w jego wyniku jako podwykonawca;

3) To, że Odwołujący uczestniczy w wykonaniu części II zamówienia - zieleni nieurządzona w obrębie międzywała Wisły /314,74 ha/ jako podwykonawca jasno wskazuje na fakt, że opis przedmiotu zamówienia był na tyle jasny i zrozumiały, że obecnie umożliwia odwołującemu realizację drugiej części zamówienia;

4) Unieważnienie postępowania jest aktualnie jedyną metodą na uniemożliwienie zawarcia przez Zamawiającego trzyletniej umowy z firmą stanowiącą konkurencję dla Odwołującego na rynku warszawskim;

5) Działanie odwołującego zmierza bezpośrednio do sparaliżowania działalności Zamawiającego;

6) Zarzuty sformułowane w odwołaniu są niezasadne;

7) Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania (KIO 1672/21), dotyczącego tego samego postępowania;

8) Odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby w sprawie KIO 1672/21.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wnosił o skierowanie sprawy na posiedzenie niejawne Krajowej Izby Odwoławczej celem wydania postanowienia w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed rozstrzygnięciem odwołania.

W przedmiotowej sprawie odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł Odwołujący: T. Ś. TESTA z siedzibą w Warszawie w dniu 23 sierpnia 2021 r.

Opierając się o treść wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, a w szczególności jego uzasadnienia Izba uznała, że wniosek zamawiającego zasługuje na uwzględnienie.

Należy wskazać, że przepis art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp daje prawną możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy, będąc wyjątkiem od reguły zasadniczej, gdzie umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Stosownie do przepisu art.578 ust.1 Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art.577.

Jednocześnie, w myśl przepisu art.578 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli 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.

Izba w ramach oceny merytorycznej powyższych przesłanek ustawowych złożonego wniosku nie bada ani prawidłowości, ani tym bardziej zasadności wniesionego odwołania, a jedynie dokonuje oceny możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego w przypadku niezawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie korzyści z ochrony tego interesu przewyższają korzyści wynikające z obowiązku udzielenia wykonawcy ochrony prawnej.

Izba rozpoznając przedmiotowy wniosek w pierwszej kolejności zbadała czy wskazane przez Zamawiającego okoliczności nie uzasadniają uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba na podstawie powołanej wyżej argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego doszła do przekonania, że niezawarcie przedmiotowej umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, poprzez

1. Zagrożenie sanitarne wywołane brakiem możliwości uprzątnięcia dużych ilości odpadów w tym resztek żywności lub odpadów związanych z przechowywaniem i spożywaniem żywności (w tym zbitę szkło), opakowań po płynach eksploatacyjnych, substancji chemicznych, zużytego sprzętu elektronicznego oraz padłych zwierząt;
2. Bezpośrednie zagrożenie dla życia, zdrowia i bezpieczeństwa użytkowników bulwarów spowodowane brakiem drobnych napraw, np. barierek odgradzających teren wysokiego nabrzeża od lustra wody;
3. Bezpośrednie zagrożenie dla życia, zdrowia i bezpieczeństwa użytkowników bulwarów spowodowane brakiem pielęgnacji zieleni np. brakiem wycinki zagrażających upadkiem drzew czy większych konarów;
4. Narażenie m.st. Warszawy na straty finansowe z powodu ewentualnych roszczeń lub utraty przychodów z tytułu najmu;
5. Wywołanie plagi szczerów, które są coraz większym problemem w Warszawie i pojawiły się również na bulwarach;
6. Doprowadzenie do zanieczyszczenia wód powierzchniowych Wisły odpadami niepodlegającymi rozkładowi jak plastik, szkło czy folia;
7. Bezpośrednie zagrożenie dla środowiska międzywała w tym zwierząt takich jak ptaki;
8. Straty w zieleni miejskiej - zamieranie niepielęgowanych drzew i roślinności niskiej;
9. Brak możliwości szybkiego zareagowania w sytuacji wzrostu zagrożenia epidemiologicznego rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej COVID-19, np. wyłączenie z użytkowania elementów małej architektury czy grodzienie terenu;
10. Brak możliwości szybkiego zareagowania w sytuacji wezbrania i zagrożenia powodziowego, takiego jak np. usuwanie ruchomych elementów infrastruktury, koszy z odpadami itp.;
11. Brak możliwości wykaszania terenów może spowodować wzrost ilości kleszczy, których aktywność wzrasta we wrześniu;
12. Niepowetowane szkody wizerunkowe i finansowe dla m.st. Warszawy;

13. Utrata gwarancji udzielonej przez wykonawcę bulwarów spółkę Skanska S.A. na znaczną część nowo wybudowanego odcinka bulwarów.

Powyższe hipotetyczne sytuacje, możliwe do wystąpienia przewyższają – w ocenie Izby – korzyści związane z ochroną interesu Odwołującego co do, którego mógłby wystąpić uszczerbek będący następstwem bezprawnego działania lub zaniechania Zamawiającego powodującego naruszenie przepisów obowiązującego prawa.

Z tych względów Izba dokonała uchylenia w przedmiotowej sprawie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:.....