

sygn. akt **KIO/W 90/21**

POSTANOWIENIE
z dnia 14 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Ewa Kisiel
Ernest Klauziński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 października 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 11 października 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego **Gminy Bytom-Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Bytomiu,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *„Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30.04.2025 r.”* - zadanie nr 3,

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu, w dniu 11 października 2021 r., złożył kierowany do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołań wniesionych w dniu 27 września 2021 r., w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego na „*Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30.04.2025 r.*” - zadanie nr 3”.

Zamawiający wskazał, że wniosek dotyczy uchylenia zakazu zawarcia umowy o zamówienie publiczne do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze - w części dotyczącej zimowego utrzymania Miasta Bytomia, tj. od dnia 1 listopada 2021 r. do dnia 15 kwietnia 2022 r. (Rejon nr 3 - Północ).

Uzasadniając, zamawiający podniósł, że dopuszczalne jest uchylenie przez Krajową Izbę Odwoławczą zakazu zawarcia umowy jedynie w części zamówienia - w tym przypadku wniosek zamawiającego dotyczy wyłącznie zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana w części nr 3 – M. K. prowadzącym działalność pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (siedziba: 44-145 Stanica, ul. Gliwicka 25), na okres do dnia 1 listopada 2021 r. do dnia 15 kwietnia 2022 r. Zdaniem zamawiającego przedmiot zamówienia jest podzielny, a świadczenia obu stron mogą być spełniane częściowo. Skoro zatem Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy (art. 578 ust 2 ustawy Pzp), to za dopuszczalne uznać należy również uchylenie zakazu zawarcia umowy w części, o ile niezawarcie umowy w tej części mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Zamawiający, uzasadniając ważny interes publiczny przemawiający za uwzględnieniem wniosku, wskazał przede wszystkim na obowiązki nałożone na Gminę Bytom przez przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 888 z późn. zm.) oraz przywołał szereg orzeczeń Sadu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego w zakresie rozumienia interesu publicznego.

Ponadto zamawiający wskazał, iż utrzymanie pasa drogowego oraz zieleni w należytym stanie jest zatem obowiązkiem gminy - jednak zimowe utrzymanie dróg ma zasadnicze znaczenie nie tylko z uwagi na ustawowe obowiązki jednostki, lecz przede wszystkim jest istotne dla zapewnienia bezpieczeństwa mieszkańców Miasta. Wskazać należy, że Miasto Bytom ma prawie 70 km² powierzchni, a według danych GUS z 31 grudnia 2020 r., było zamieszkiwane przez 163 255 osób, co sytuuje go na 23 miejscu w rankingu największych miast w Polsce. Co ważne, Bytom położony jest w centrum aglomeracji śląskiej, na

skrzyżowaniu głównych szlaków komunikacyjnych o charakterze regionalnym, krajowym oraz międzynarodowym. Zapewnienie właściwych warunków komunikacji ma wpływ nie tylko na ruch lokalny, ale i tranzytowy, głównie pomiędzy miastami aglomeracji górnośląskiej (dowód - mapa aglomeracji). Z tych też powodów zimowe utrzymanie dróg w odpowiednim stanie jest niezwykle istotne nie tylko dla mieszkańców Bytomia, ale i dla użytkowników dróg w całej aglomeracji. Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia w części dotyczącej zimowego utrzymania i oczyszczania pasów drogowych dotyczy wszystkich dróg w mieście, w tym dróg krajowych wraz z węzłami, dróg oraz ulic wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych, obiektów drogowych, parkingów; przedmiot zamówienia obejmuje odśnieżanie, usuwanie śliskości zimowej i oczyszczanie z chodników (w tym schodów terenowych), ciągów pieszych i/lub rowerowych, placów miejskich, strefy płatnego parkowania, przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej oraz opróżnianie koszy ulicznych. Zapewnienie właściwego zimowego utrzymania dróg ma także oczywiście na celu ograniczenie ryzyk dla zdrowia, ale i życia ludzi - nie tylko kierowców i pasażerów samochodów osobowych, lecz także osób korzystających z komunikacji publicznej oraz pieszych. Trzeba zaznaczyć, że zimowe utrzymanie dróg, poboczy, chodników odbywa się w okolicznościach często nieprzewidywalnych, bowiem zależy wyłącznie od warunków atmosferycznych. Zamawiający przewiduje, że zimowe utrzymanie miasta powinno rozpocząć się od 1 listopada i trwać do 15 kwietnia, doświadczenie pokazuje bowiem, że w tym okresie występują opady śniegu, marznącego deszczu, zawieje i zamiecie, które poważnie utrudniają, a czasem nawet uniemożliwiają poruszanie się kierowców i pieszych, ale także stanowią istotne ryzyko dla ludzi.

Zamawiający podniósł, iż prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30.04.2025 roku.” (numer referencyjny: DNP.260.52.2020.PN.U) zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych; zostało ono wszczęte w grudniu 2020r. Przedmiotem zamówienia jest letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz utrzymanie i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w podziale na 4 zadania (Rejony) tj.:

- Zadanie nr 1 — Rejon I — Szlaki;
- Zadanie nr 2 — Rejon II — Centrum;
- Zadanie nr 3 — Rejon III — Północ;
- Zadanie nr 4 — Rejon IV — Południe.

Zamawiający w s.i.w.z. przewidywał, że zamówienie będzie wykonywane od dnia zawarcia umowy (jednak nie wcześniej niż od dnia 01.05.2021 r.) do dnia 30.04.2025r. (maksymalnie 4 lata), w podziale na okres letni (od 16 kwietnia do 31 października) oraz okres zimowy (od 1 listopada do 15 kwietnia).

Prace nad przygotowaniem postępowania rozpoczęły się w okolicach marca/kwietnia 2020 r., a po dokonaniu wyliczeń, opisu przedmiotu zamówienia i innych dokumentów postępowanie ogłoszono 22.12.2020 r. Termin otwarcia ofert zmieniany był siedmiokrotnie - zmiany terminów wynikały z otrzymania przeszło 130 pytań i konieczności przygotowania odpowiedzi. Ponadto 4 stycznia 2021 r. wniesiono odwołanie do KIO (wycofane przez odwołującego 1 dzień przed rozprawą), kolejne odwołanie wniesiono w dniu 22 lutego 2021 r. - rozprawa odbyła się w dniu 23 marca 2021 r.; wyrok z uzasadnieniem został doręczony 16 kwietnia 2021 r. Do otwarcia ofert doszło ostatecznie w dniu 23.06.2021r.

Postępowanie w części nr 2 (Rejon II Centrum) z uwagi na znaczne przekroczenie kwoty unieważniono w dniu 2 lipca 2021r. — ogłoszono nowy przetarg, już zgodnie z przepisami nowej ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym przetargu wpłynęły dwa odwołania na treść SWZ - w dniu 6 października odbyło się posiedzenie w KIO, termin kolejnego posiedzenia to 20 października 2021 r.

W dniu 17 września 2021 r. zamawiający rozstrzygnął postępowanie w pozostałych 3 częściach (rejony I III i IV) - umowy dotyczące części nr 1 i 4 zostały podpisane w dniu 1 października 2021 r. Wybór oferty w części nr 3 stał się przedmiotem dwóch odwołań.

Zamawiający podniósł, iż w aktualnej sytuacji związanej z koniecznością zapewnienia odpowiedniego (na najwyższym możliwym poziomie) utrzymania terenów publicznych w okresie zimowym nie może dopuścić do tego, że toczące się postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą uniemożliwi zamawiającemu wykonywanie obowiązków ustawowych oraz zabezpieczenia życia i zdrowia osób korzystających z dróg i chodników na terenie Miasta.

Zdaniem zamawiającego, powyższe okoliczności niewątpliwie wyczerpują przesłanki, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp tj. w zakresie posiadania ważnego interesu publicznego w uchyleniu zakazu zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Analizując kolejną przesłankę wynikającą z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. analizę wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a chodzi tutaj przede wszystkim o interes odwołujących, zamawiający zauważył, iż korzyści jakie mogą być osiągnięte na płaszczyźnie publicznej są niewspółmiernie bardziej istotne i przewyższają interes „prywatny” jaki należałoby przypisać odwołującym. Korzyścią dla odwołujących jest jedynie osiągnięcie zysku. Zamawiający zaś musi zapewnić wykonanie zadań publicznych (zgodnie z właściwymi przepisami), zapewnić bezpieczeństwo użytkownikom dróg, działać w celu ograniczenia ryzyka dla zdrowia i życia mieszkańców, a także należyście zadbać o finanse publiczne (unikając konieczności wypłaty odszkodowań osobom poszkodowanym). Uzasadnienie interesu publicznego poprzez ewentualne negatywne skutki niezawarcia umowy, przewyższają jakiegokolwiek 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.

Ponadto, po uprawomocnieniu się orzeczenia KIO zapadłego w sprawie, zamawiający zawrze umowę z ostatecznie wybranym wykonawcą na okres do dnia 30 kwietnia 2025 r., a zatem na kolejne 3 lata. Zarówno zatem interes wykonawców, jak i obowiązek zachowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie będzie naruszony w stopniu nadmiernym i zapewniona będzie należyta ochrona wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie z przyczyn techniczno-organizacyjnych udzielenie zamówienia powinno nastąpić na okres nie mniejszy, niż cały sezon zimowego utrzymania dróg. Ponieważ obowiązki wykonawcy w zakresie zimowego utrzymania dróg są zależne od warunków atmosferycznych, absolutnie niezbędne jest zapewnienie ciągłości wypełniania tych obowiązków przez wykonawcę - zmiana podmiotu świadczącego usługi w zakresie zimowego utrzymania dróg w trakcie sezonu zimowego mogłaby wywołać znaczne trudności, nadto skutkować trudnymi do oszacowania szkodami, stanowiąc poważne zagrożenie dla zdrowia, a nawet życia użytkowników dróg.

Mając na uwadze powyższe Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Przepis art. 578 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2021 r. poz. 1129] stanowi, iż 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.

Dla zastosowania powyższego przepisu koniecznym jest zatem, co najmniej uprawdopodobnienie istnienia powołanych przez zamawiającego we wniosku okoliczności.

Badając przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy z wniosku zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Izba uznała, że wniosek nie jest zasadny. W ocenie Izby wskazane przez wnioskodawcę okoliczności nie uzasadniają w sposób dostateczny, 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 tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba nie kwestionuje istotności i ważności działań Gminy w zakresie zapewnienia określonych środków zabezpieczających przed skutkami niekorzystnych warunków atmosferycznych jednakże należy mieć na uwadze, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od zasady, której nie można uzasadniać okolicznościami związanymi z przedłużającym się postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, będąc odpowiedzialnym za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Opóźnienia wynikające z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców są okolicznościami, które można było i należało przewidzieć. Nie mogą one same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

W szczególności wskazać należy na dość długi okres czasu, jaki zamawiający przydzielił sobie w zakresie czynności oceny i badania ofert. Faktem jest, że postępowanie zostało wszczęte przez zamawiającego w grudniu 2020 roku, jednakże inne czynności zamawiającego były dokonywane dosyć opieszale, co wydłużyło okres – do rozstrzygnięcia postępowania, a okoliczność ta nie stanowi usprawiedliwienia to uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Nadto Izba wskazuje, że rozprawa w przedmiotowej sprawie przewidziana została na dzień 18 października 2021 roku, i należy przyjąć, że po uzyskaniu rozstrzygnięcia Izby, zamawiający będzie miał czas na zawarcie umowy w „normalnym” trybie.

Natomiast przyjmując scenariusz najmniej optymistyczny dla zamawiającego, to zwrócić należy uwagę, iż zamawiający ma jeszcze możliwość udzielenia zamówienia na okresy krótsze w innych trybach przewidzianych ustawą Pzp. Co istotne, zamawiający w złożonym wniosku nie podjął nawet jakiegokolwiek próby uprawdopodobnienia, że nie może zawrzeć umowy w trybie niekonkurencyjnym, tak, aby zapewnić sobie ciągłość realizacji ww. usług po upływie okresu obowiązywania umowy. W tej sytuacji należało stwierdzić, że – na chwilę rozpoznawania złożonego wniosku – brak jest podstaw do stwierdzenia, że dojdzie do przerwania ciągłości wykonywania usług.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że nie ma możliwości częściowego uchylenia zakazu zawarcia umowy, gdyż przepisy ustawy Pzp nie przewidują takiej możliwości. Nadto, nieracjonalnym i niedopuszczalnym byłaby sytuacja, w której zamawiający w ramach udzielanego zamówienia, w zakresie części 3, zawarłby *de facto*

dwie umowy, niewykluczone, że z dwoma różnymi wykonawcami. Ustawa Pzp takiej sytuacji nie przewiduje. Tym samym traktując, jako niepodzielne zamówienie dotyczące części 3 zamówienia, nie jest możliwe uchylenie w części zakazu zawarcia umowy. Izba wskazuje, iż rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności wniesionego odwołania.

Jeśli chodzi o drugą z przesłanek zawartych w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, to Izba prezentuje pogląd, że zamawiający nie podał jakichkolwiek okoliczności, które uprawdopodobniają, iż odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez zamawiającego w sposób uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Z uwagi na powyższe Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy Pzp, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....