

Sygn. akt: KIO/W 17/19

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 23 października 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 października 2019 r. wniosku z dnia 18 października 2019 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez **Gminę Wrocław we Wrocławiu**, na rzecz której działa EKOSYSTEM Sp. z o.o. we Wrocławiu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na interwencyjne prace porządkowe i konserwacyjne terenów pozostających w granicach administracyjnych Gminy Wrocław

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wszczętego wskutek wniesienia odwołania przez wykonawcę S&A Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**

.....

**Sygn. akt: KIO/W 17/19**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Wrocław we Wrocławiu, w imieniu której działa EKOSYSTEM Sp. z o.o. we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są interwencyjne prace porządkowe i konserwacyjne terenów pozostających w granicach administracyjnych Gminy Wrocław.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 14 października 2019 roku wykonawca S&A Service Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę EPA Green Sp. z o.o. we Wrocławiu, zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania przetargowego i odrzucenia jego oferty jako oferty niespełniającej warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym wniósł również o powtórzenie czynności badania ofert oraz wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 18 października 2019 roku zamawiający wniósł o uchylenie przez Izbę zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający podniósł, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego organizowanego na podstawie art. 10 ust. 1, art. 39 oraz art. 43 ust. 1 ustawy P.z.p., na „Interwencyjne prace porządkowe i konserwacyjne terenów pozostających w granicach administracyjnych Gminy Wrocław”, nr 7/2019. Odwołujący wniósł w dniu 14 października 2019 r. odwołanie na wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę EPA Green Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w szczególności na zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania przetargowego i odrzucenia jego oferty jako oferty niespełniającej warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym wniósł o powtórzenie czynności badania ofert oraz wybór oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał, że postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 lipca 2019 r. Zamawiający po dokonaniu czynności badania ofert wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy EPA Green Sp. z o.o. W wyniku wniesionego odwołania przez odwołującego w dniu 29 lipca 2019 r., zamawiający po wyroku tut. Izby z dnia 13 sierpnia 2019 r. KIO 1455/19 powtórzył czynności badania ofert, a następnie wykluczył wykonawcę EPA Green Sp. z o.o. z postępowania, z

uwagi na brak wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Od tej czynności zamawiającego odwołanie do Izby wniósł wykonawca EPA Green Sp. z o.o. Do postępowania po stronie zamawiającego przystąpił odwołujący (wskazując na zarzuty tożsame z zarzutami zawartymi w odwołaniu z dnia 14 października 2019 r.). Na skutek wniesionego odwołania przez EPA Green Sp. z o.o., Izba wydała w dniu 25.09.2019 r. wyrok KIO 1764/19, w którym nakazała powtórzenie czynności badania ofert, wskazując w uzasadnieniu wyroku, że zamawiający błędnie ocenił załączone dokumenty dotyczące spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Tym samym zamawiający, po wykonaniu czynności nakazanych przez Izbę, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, a to oferty wykonawcy EPA Green Sp. z o.o. Od powyższej czynności zamawiającego przedmiotowe odwołanie wniósł odwołujący. Zarzuty odwołującego zawarte w przedmiotowym odwołaniu są tożsame z zarzutami zawartymi w przystąpieniu odwołującego do postępowania po stronie zamawiającego, w poprzednim postępowaniu. Zarzuty te zostały już merytorycznie rozpoznane przez Izbę, rozpatrującą odwołanie wykonawcy EPA Green Sp. z o.o.

Zamawiający wskazał, że w projekcie umowy stanowiącej załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) zostało wskazane w § 3 ust. 2 (Czas trwania umowy): termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy: do dnia 31 października 2019 r. lub do wyczerpania kwoty określonej w § 8 ust. 1, na co zgłaszający się wykonawcy wyrazili zgodę. Termin ten został tak określony, z uwagi na zakres przedmiotowy prac, jakie wykonać ma wykonawca w ramach umowy. Otóż zgodnie z § 1 ust. 2 projektu umowy, przedmiotem umowy są interwencyjne prace porządkowe i konserwacja terenów pozostających w dyspozycji Gminy Wrocław, obejmujące:

1) powierzchniowe prace porządkowe w granicach nieruchomości wskazanych przez zamawiającego, które polegać będą na: a) zebraniu sposobem ręcznym odpadów zalegających na terenie wyznaczonych nieruchomości, b) załadunku odpadów na środki transportowe wykonawcy, c) transporcie i rozładunku odpadów w miejscu prawnie dopuszczonym do odzysku, składowania bądź unieszkodliwienia odpadów, d) przekazaniu odpadów przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie przetwarzania odpadów, bądź przekazanie odpadów określonych przepisami prawa osobie nie będącej przedsiębiorcą do wykorzystania, e) wyrównaniu drobnych nierówności terenu powstałych w trakcie wykonywania prac porządkowych polegające na ścięciu wypukłości, przemieszczeniu urobku i zasypaniu powstałych wgłębień, f) utrzymaniu w należyтым porządku i czystości nawierzchni dróg w rejonie prowadzonych prac, w czasie prowadzenia prac i po ich zakończeniu, polegające na uprzątnięciu i pozbyciu się błota i innych zanieczyszczeń z nawierzchni dróg przyległych do terenu, na których były prowadzone prace porządkowe, g) uporządkowaniu terenu, na którym przed załadunkiem zgromadzone były odpady przeznaczone do transportu, uporządkowaniu terenu po załadunku odpadów,

2) usuwanie nielegalnych wysypisk odpadów o objętości od 1 m<sup>3</sup> do 7 m<sup>3</sup>, które będzie polegać na: a) zebraniu sposobem ręcznym lub mechanicznym odpadów zalegających punktowo we wskazanych lokalizacjach na terenie wyznaczonych nieruchomości, b) uporządkowaniu powierzchni z luźno rozrzuconych odpadów, w obszarze wyznaczonego terenu, po usunięciu skupisk odpadów, c) załadunku odpadów na środki transportowe wykonawcy, d) transporcie i rozładunku odpadów w miejscu prawnie dopuszczonym do odzysku, składowania bądź unieszkodliwienia odpadów, e) przekazaniu odpadów przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie przetwarzania odpadów, bądź przekazanie odpadów określonych przepisami prawa osobie nie będącej przedsiębiorcą do wykorzystania, f) wyrównaniu drobnych nierówności terenu powstałych w trakcie wykonywania prac porządkowych polegające na ścięciu wypukłości, przemieszczeniu urobku i zasypaniu powstałych wgłębień, g) utrzymaniu w należytym porządku i czystości nawierzchni dróg w rejonie prowadzonych prac, w czasie prowadzenia prac i po ich zakończeniu, polegające na uprzątnięciu i pozbyciu się błota i innych zanieczyszczeń z nawierzchni dróg przyległych do terenu, na których były prowadzone prace porządkowe, h) uporządkowaniu terenu, na którym przed załadunkiem zgromadzone były odpady przeznaczone do transportu, uporządkowaniu terenu po załadunku odpadów,

3) prace konserwacyjne zieleni w granicach nieruchomości wskazanych przez zamawiającego, które polegać będą na: a) zbieraniu sposobem ręcznym odpadów zalegających na terenie wyznaczonych nieruchomości, b) załadunku zebranych odpadów na środki transportowe wykonawcy,

c) wycięciu zbędnych krzewów i zarośli wskazanych przez zamawiającego, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, d) mechanicznym wykoszeniu nadmiernie wyrosniętej roślinności trawiastej, e) zebraniu skoszonej biomasy i załadunku na środki transportowe Wykonawcy, f) transporcie i rozładunku odpadów w miejscu prawnie dopuszczonym do odzysku, czasowego magazynowania bądź unieszkodliwienia odpadów, g) transporcie i rozładunku biomasy w miejscach prawnie dopuszczonych do przetwarzania bądź wykorzystania, zgodnie z obowiązującymi przepisami, h) przekazaniu odpadów przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie przetwarzania odpadów, bądź przekazanie odpadów określonych przepisami prawa osobie niebędącej przedsiębiorcą do wykorzystania, i) utrzymaniu w należytym porządku i czystości nawierzchni dróg w rejonie prowadzonych prac, w czasie prowadzenia prac i po ich zakończeniu, polegające na uprzątnięciu i pozbyciu się błota i innych zanieczyszczeń z nawierzchni dróg przyległych do terenu, na których były prowadzone prace porządkowe, j) uporządkowaniu terenu, na którym przed załadunkiem zgromadzone były odpady przeznaczone do transportu, uporządkowaniu terenu po załadunku odpadów.

Zamawiający wskazał, że w związku z ponownym (drugim) wpłynięciem odwołania odwołującego (w sumie trzy odwołania w postępowaniu), możliwość realizacji usług w zakresie prac interwencyjnych porządkowych i konserwacyjnych została poważnie zagrożona. Nie ulega wątpliwości, iż powyższe prace mogą być wykonywane należycie wyłącznie w sprzyjających warunkach atmosferycznych, bez drastycznych wahań temperatur, mrozu lub występujących opadów śniegu, stąd też termin realizacji umowy został określony: do dnia 31 października 2019 r. W przeciwnym wypadku, mieszkańcy Gminy Wrocław pozbawieni zostaliby realizacji przez Gminę Wrocław podstawowego obowiązku, tj. utrzymania czystości. Gmina Wrocław, jeżeli nie dojdzie do zawarcia umowy w postępowaniu zgodnie z wymogami zamawiającego, nie będzie w stanie zapewnić bezpieczeństwa mieszkańców i gości Gminy Wrocław, w zakresie utrzymania w czystości terenów pozostających w granicach administracyjnych Gminy Wrocław.

Brak podpisania umowy do czasu rozstrzygnięcia odwołania wpłynie na czas realizacji zamówienia lub uniemożliwić w ogóle jej realizację i w rezultacie może dojść do przerwy w zapewnieniu usługi o podstawowym znaczeniu dla mieszkańców Gminy Wrocław. Zamawiający jest jedynym podmiotem świadczącym tego typu usługi na terenie Gminy Wrocław. Przedłużający się przetarg utrudnia działalność zamawiającego, ponieważ nie może on realizować prac związanych z podstawową działalnością wynikającą z przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Zamawiający ponadto wskazuje, iż wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wziął pod uwagę długość trwania samej procedury, w tym możliwość wystąpienia zdarzeń, które mogą wpłynąć na jej wydłużenie, jak możliwość skorzystania przez wykonawców z uprawnienia do złożenia wniosku o wyjaśnienie bądź zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu, czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. Jednakże zamawiający nie mógł przewidzieć, iż odwołujący wniesienie odwołanie powołując się na tożsame zarzuty, które zostały już rozpoznane przez Izbę w wyroku. Jest to niezależne od zamawiającego i ma na celu, w ocenie zamawiającego, wyłącznie utrudnienie lub uniemożliwienie zamawiającemu zgodnego z prawem zawarcia umowy.

Tymczasem brak możliwości zawarcia umowy w obecnej chwili będzie miał negatywny skutek dla interesu publicznego w dziedzinie zapewnienia czystości w Gminie Wrocław. Zamawiający wskazuje, iż obaj wykonawcy, którzy złożyli oferty, zadeklarowali termin wykonania zamówienia do 31 października 2019 r. W chwili obecnej, po zawarciu umowy, wybrany wykonawca będzie w stanie realizować zlecenia zamawiającego. W przypadku natomiast, kiedy ostateczne rozstrzygnięcie odwołania przez Izbę nastąpi tuż przed lub po terminie realizacji umowy (a tak najprawdopodobniej się stanie), realizacja usługi stanie się

niemożliwa z uwagi na panujące warunki atmosferyczne w tych miesiącach roku oraz czas realizacji i finansowania umowy.

W ocenie zatem zamawiającego zostały ziszczone przesłanki, o których mowa w art. 183 ust. 2 ustawy P.z.p.

**Izba zważyła, co następuje:**

Wniosek zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy P.z.p., w przypadku wniesienia odwołania, zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zawarcie przez zamawiającego umowy z naruszeniem art. 183 ust. 1 ustawy P.z.p. może być podstawą do unieważnienia umowy stosownie do art. 146 ust. 1 ustawy P.z.p.

Wynikający z art. 183 ust. 1 ustawy P.z.p. zakaz zawarcia umowy nie ma jednak charakteru kategorycznego. W myśl ust. 2 tegoż artykułu zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 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. Pomimo wagi, jaką posiada zabezpieczenie interesów prywatnych, ustawodawca przewidział przypadki, w których interes publiczny zostanie postawiony wyżej, gdyż ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane przez uniknięcie strat spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego.

Z treści przepisu zawartego w art. 183 ust. 2 zd. drugie ustawy P.z.p. wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze jest możliwe w przypadku kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek:

- 1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
- 2) skutki te przewyższyłyby 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.

Pojęcie „interesu publicznego” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Niemniej jednak interes publiczny zawsze dotyczy

pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się natomiast do interesu jednostkowego, czy też określonej grupy. Z jego naruszeniem mamy zatem do czynienia w przypadku, gdy skutki określonych działań będą miały powszechny charakter.

W ocenie Izby wskazane przez zamawiającego okoliczności pozwalają na stwierdzenie, iż wykonanie zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia mieści się w pojęciu interesu publicznego.

Drugą przesłanką, zaistnienie której jest konieczne dla uchylenia zakazu zawarcia umowy, jest udowodnienie, iż negatywne dla interesu publicznego skutki niezawarcia umowy przewyższyłyby 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.

Złożenie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia oznacza, iż w zaistniałej sytuacji faktycznej interes publiczny pozostaje w konflikcie z innym interesem. Konflikt ten polega na tym, iż realizacja interesu publicznego narusza lub też zagraża naruszeniu interesu innego podmiotu. Sprawy rozpoznawane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyniku złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy dotyczą kolizji interesu publicznego z interesem indywidualnym innych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności wykonawcy, który wniósł odwołanie oraz wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Uchylenie zakazu zawarcia umowy pomimo wniesienia odwołania niesie za sobą daleko idące skutki. Jeżeli bowiem okaże się, że odwołanie jest zasadne, wnoszący je wykonawca i tak nie uzyska zamówienia i w sposób ewidentny zostanie poszkodowany.

W ocenie Izby zamawiający nie wykazał, że skutki niezawarcia umowy przewyższyłyby korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, które mogą zostać naruszone w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający uzasadniał wniosek okolicznościami, iż brak możliwości zawarcia umowy w obecnej chwili będzie miał negatywny skutek dla interesu publicznego w dziedzinie zapewnienia czystości w Gminie Wrocław. Zamawiający wskazał, iż obaj wykonawcy, którzy złożyli oferty, zadeklarowali termin wykonania zamówienia do 31 października 2019 r., co w chwili obecnej (18 października 2019 roku – dzień złożenia wniosku) jest możliwe. W przypadku natomiast, kiedy ostateczne rozstrzygnięcie odwołania przez Izbę nastąpi tuż przed lub po terminie realizacji umowy (a tak najprawdopodobniej się stanie), realizacja usługi stanie się niemożliwa z uwagi na panujące warunki atmosferyczne w tych miesiącach roku oraz czas realizacji i finansowania umowy.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że zamawiający, ustalając czas ukończenia prac datą kalendarzową, powinien wziąć pod uwagę wszelkie niezależne od niego

okoliczności, które mogą decydować o przesunięciu dnia ukończenia robót. Są nimi przykładowo procedury odwoławcze, czy konieczność dokonywania wyjaśnień i modyfikacji treści s.i.w.z.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że zamawiający nie wykazał niemożności realizacji przedmiotu zamówienia po upływie terminu wskazanego w umowie bądź też nieważności umowy zawartej pomimo braku możliwości jej realizacji w ustalonym terminie.

Izba podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 28.06.2012r. sygn. akt XXIII GA 185/12, który wyraził pogląd, iż nie stanowi o nieważności umowy w świetle art. 387 K.c. okoliczność, iż jedynie termin dostawy nie może być dotrzymany i realizacja umowy nastąpi z opóźnieniem. Sąd Najwyższy natomiast w wyroku z dnia 29.11.2013r. I CSK 124/13 przesądził, iż art. 387 K.c. reguluje skutki prawne niemożności spełnienia świadczenia określonego przez strony, a nie skutki niemożności dochowania przez strony zastrzeżonego w umowie terminu spełnienia świadczenia. Przedstawiony stan faktyczny zdaniem Sądu Najwyższego nie stanowi obiektywnej niemożliwości świadczenia tj. że świadczenie jest rzeczywiście obiektywnie niewykonalne (por. wyrok SN z 22.04.2010r. VCSK 379/09nie publ. Z 20.03.2009r. II CSK IICSK 611/08, nie publik. : z dnia 8..02.2002r. IICKN 1015/99 nie publik.).

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, iż realizacja przedmiotu umowy po 31 października 2019 roku nie będzie możliwa z uwagi na panujące warunki atmosferyczne w tym okresie roku, tj. drastyczne wahania temperatury, śnieg i mróz, Izba stwierdza, że wskazane przez zamawiającego zjawiska pogodowe mogą, ale nie muszą w tym czasie wystąpić. Zamawiający nawet nie uprawdopodobnił, że w niedalekim okresie czasu przewidywane jest tak gwałtowne załamanie pogody, które uniemożliwi realizację przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, iż przedmiot zamówienia obejmuje takie czynności, których wykonanie uniemożliwiłyby tylko wyjątkowo niesprzyjające warunki pogodowe, takie jak obfite opady śniegu czy drastyczny spadek temperatury. W ocenie Izby wystąpienie ochłodzenia typowego dla obecnej pory roku nie stanowi zagrożenia dla realizacji zamówienia.

W przedstawionych przez zamawiającego okolicznościach rozpatrywanego stanu faktycznego, Izba uznała, że przesłanki zawarte w art.183 ust.2 ustawy P.z.p., pozwalające na udzielenie zgody na zawarcie umowy, nie zostały spełnione.

Izba stwierdziła, że nieuchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze nie spowoduje negatywnych skutków dla interesu publicznego przewyższających 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.



Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy P.z.p. na niniejsze postanowienie skarga nie przysługuje,

.....