

POSTANOWIENIE
z dnia 25 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Jan Kuzawiński
Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 25 listopada 2020 r. wniosku z dnia 20 listopada 2020 r. (wpływ) o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zamawiającego: Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa - EKOSYSTEM Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocław** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście”* prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (postępowanie nr Z24/12504, znak sprawy 18/2019) w związku z odwołaniem wniesionym przez **Konsorcjum Firm: 1) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2) Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. (uczestnik konsorcjum), ul. Piasta 16, 58-304 Wałbrzych, z adresem dla siedziby pełnomocnika: ul. Szczecińska 5 54-517 Wrocław** w dniu 25 września 2020 r. (sygn. akt: KIO 2437/20).

postanawia:

odmawia uchylenia zakaz zawarcia umowy
do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia
kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa - EKOSYSTEM Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I — Stare Miasto i Śródmieście*” w trybie przetargu nieograniczonego ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” (postępowanie nr Z24/12504, znak sprawy 18/2019). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 lutego 2020 r. nr 2020/S 030-070032.

W dniu 20 listopada 2020 r. (e-mailem) Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z wniesieniem w dniu 25.09.2020 r. odwołania przez Konsorcjum Firm: 1) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2) Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. (uczestnik konsorcjum), ul. Piasta 16, 58-304 Wałbrzych, z adresem dla siedziby pełnomocnika: ul. Szczecińska 5 54-517 Wrocław zwanego dalej: „Konsorcjum Alba”, wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W uzasadnieniu niniejszego wniosku, Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego organizowanego na podstawie art. 10 ust. 1, art. 39 oraz art. 43 ust. 2 Pzp, na „*Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I — Stare Miasto i Śródmieście*”, nr 18/2019. Wykonawca Konsorcjum Alba, wniósł w dniu 25 września 2020 r. odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego m.in. na wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum: ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. i Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, 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 wskazuje krótko na chronologię zdarzeń podczas przeprowadzania przedmiotowego postępowania. Otóż, postępowanie o udzielenie przedmiotowego

zamówienia zostało ogłoszone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 12 lutego 2020 r.

W postępowaniu tym w dniu 24 lutego 2020 r. zostały złożone dwa odwołania. Z powodu epidemii koronawirusa zostały one rozpatrzone przez KIO dopiero w dniu 29 maja 2020 r. Następnie Zamawiający wprowadził zmiany do SIWZ wynikające m.in. ze złożonych przez Wykonawców pytań. Na zmiany wpłynęło w dniu 06 lipca 2020 r. kolejne odwołanie, które było rozpatrzone przez KIO w dniu 18 sierpnia 2020 r.

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 01 września 2020 r. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający przesłał do Wykonawców w dniu 15 września 2020 r. Na wybór wpłynęło w dniu 25 września 2020 r. kolejne odwołanie, które miało być rozpatrzone przez KIO w dniu 20.10.2020 r. Ze względu na połączenie do wspólnego rozpoznania odwołań złożonych na wszystkie cztery sektory miasta, rozprawa nie została zakończona w tym dniu, kolejny termin posiedzenia KIO wyznaczono na dzień 28 października 2020 r. Termin ten zmieniono już trzykrotnie na dzień 09 listopada 2020 r., potem na dzień 19 listopada 2020 r., aż w końcu na dzień 01 grudnia 2020 r.

Ze względu na powyższe okoliczności, niewynikające z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i których nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, więc Zamawiający dwa razy zlecił wykonywanie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Obecna zawarta umowa na okres przejściowy kończy się w dniu 31 grudnia 2020 r. Nie będzie możliwości, aby umowa przetargowa została zawarta na 30 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi, które ma rozpocząć się w dniu 01 stycznia 2021 r.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż brak zawarcia umowy z wybranym wykonawcą spowoduje 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.

Odbiór odpadów komunalnych od mieszkańców jest nie tylko jednym z podstawowych zadań, jakie przepisy prawa nakładają na Gminę, ale też jest działaniem bardzo istotnym z punktu widzenia ogółu mieszkańców danej Gminy. Oczywistą i nie wymagającą dalszego wyjaśniania jest odpowiedź na pytanie dlaczego odpady muszą być odbierane w sposób ciągły i nieprzerwany. Zamawiający wywodzi, że zatem w interesie publicznym rozumianym, jako interes ogółu, leży zapewnienie ciągłości odbioru odpadów, a już zwłaszcza w sytuacji wystąpienia w kraju epidemii i wieloma związanymi z tym negatywnymi konsekwencjami dla mieszkańców. Zawieranie kolejnej umowy powoduje, że usługa jest świadczona po wyższych stawkach niż zostały zaoferowane w przetargu

nieograniczonym na przedmiotowe zadanie. Jest to bardzo niekorzystna sytuacja, niosąca za sobą negatywne skutki dla interesu publicznego w rozumieniu art. 183 Pzp.

Zamawiający również wskazuje, co jest bardzo istotne w niniejszej sprawie, iż Odwołujący się w niniejszym postępowaniu wycofał swoje odwołanie w postępowaniu na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna” wobec oferty Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, gdzie podnoszone były w większości de facto analogiczne zarzuty. Co wskazuje, iż ranga rzekomych naruszeń w ocenie oferty zarzucanych Zamawiającemu i zasadność twierdzeń w tym przedmiocie zawartych w odwołaniu, nie jest aż tak istotna, skoro odwołanie zostało wycofane.

Izba ustaliła, że odwołanie, którego dotyczy wniosek, wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2020 r. (sygn. akt: KIO 2437/20), a termin najbliższej rozprawy został wyznaczony na 01 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepis art. 183 ust. 2 zdanie 2 Pzp uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 183 ust. 2 Pzp, przyznaje KIO kompetencje do uchylenia generalnego zakazu zawarcia umowy do czasu wydania orzeczenia w sprawie, wyłącznie w sytuacjach wyjątkowych, jeżeli negatywne konsekwencje tego zakazu dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, mogłyby przewyższyć wynikające z tego zakazu korzyści dla ochrony wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej, konieczne jest wykazanie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się do treści wniosku, Izba nie przychyliła się do przedstawionej argumentacji, uznając stanowisko Zamawiającego za niezasadne.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, że zawarcie umowy z wykonawcą wybranym - w terminie po ogłoszeniu przez Izbę wyroku lub postanowienia, kończącego

postępowanie odwoławcze - może wywołać, lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego.

W tym kontekście wskazując na następujące okoliczności.

Istotą wniosku jest okoliczność tego rodzaju, że nie można rozpocząć realizacji umowy nie wcześniej niż 30 dni po jej zawarciu. Inaczej mówiąc niniejsze 30 dni jest konieczne na dokonanie stosownych przygotowań na rozpoczęcie realizacji umowy na Sektor I. Jednocześnie, Zamawiający już dwukrotnie zawierał umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki. Izba zweryfikowała, że istotnie w projekcie umowy znajduje się w § 4 Czas trwania umowy ust. 3 fragment: *„Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdz. XV pkt 2, rozdz. XVII pkt 2, rozdz. XX świadczony będzie nie wcześniej niż od dnia¹r. i nie później niż do dnia 31.12.2022 r., z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5.”*. Zgodnie zaś ze wskazanym przypisem: *„Zamawiający wskaże termin rozpoczęcia świadczenia usługi w dniu zawarcia umowy, przy czym termin ten rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od dnia zawarcia umowy”*.

W ocenie Izby, z uwagi na zaistniałe okoliczności o czym poniżej w dalszej części, Zamawiający mógłby celem dochowania wymogu przywołanego we wniosku, zawrzeć kolejną umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki na owe 30 dni przez które nowo wybrany będzie przygotowywał się do realizacji umowy głównej. Inaczej mówiąc, Zamawiający musiałby dokonać skorelowania kolejnej umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki z realizacją tylko na 1 miesiąc z umową poprzetargową, jak określił ją we wniosku, w ramach której rozpoczęłaby się realizacja dopiero po upływie miesiąca od dnia zawarcia umowy.

Jednocześnie, w ocenie Izby, istniejące przepisy tzw. Tarczy 1 (Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. z 31.03.2020 r., poz. 568 – art. 15 r ust. 1 i 4) w zw. z tzw. Tarczą 4 (Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 – Dz. U. z 23.06.2020 r., poz. 1086 – art. 77 pkt 20) powodują możliwość daleko idącej zmiany terminu wykonania umowy lub jej części.

Zgodnie bowiem z tzw. Tarczą 1 – art. 15r ust.1: *„Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), niezwłocznie, wzajemnie informują się o wpływie*

okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Strony umowy potwierdzają ten wpływ dołączając do informacji, o której mowa w zdaniu pierwszym, oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć **w szczególności**:

1) nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;

2) decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;

3) poleceń wydanych przez wojewodów lub decyzji wydanych przez Prezesa Rady Ministrów związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, o których mowa w art. 11 ust. 1 i 2;

4) wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;

5) okoliczności, o których mowa w pkt 1–4, w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.” oraz

art. 15 r ust. 4: „4. Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, mogą wpłynąć lub wpływają na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, **może w uzgodnieniu z wykonawcą dokonać zmiany umowy**, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, **w szczególności** przez:

1) **zmianę terminu wykonania umowy lub jej części**, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,

2) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,

3) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia wykonawcy

– o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.”.

Z kolei zgodnie z tzw. Tarczą 4: „Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, wpływają na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, **w uzgodnieniu z wykonawcą dokonuje zmiany umowy**, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w szczególności przez:” (art. 77 pkt 20).

Inaczej mówiąc Zamawiający mógłby podpisać umowę przetargową wraz z aneksem zmieniającym termin realizacji z uwagi na wskazane powyżej tzw. „przepisy

covidowe". W ramach bowiem tzw. Tarczy 1 była możliwość zmiany, a w ramach tzw. Tarczy 4 - jest obowiązek dokonania zmiany umowy. W ocenie Izby, wynikająca z przytoczonych przepisów możliwość zmiany terminu wykonania umowy lub jej części, jak i okoliczność że wskazany w przepisie katalog ma charakter otwarty, tak w art. 15 r ust. 1, jak i ust. 4: „w szczególności” daje możliwość takiej zmiany.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zaistniałe przesuwanie terminu kolejnej rozprawy miało swoje podłoże w trwającej pandemii. W pierwszym bowiem wypadku przesunięcie terminu wynikało z uwagi na pozytywny wynik testu jednego z pełnomocników, a w trzecim z uwagi na skierowanie na test innego z pełnomocników, w obu wypadkach ich udział w rozprawie był niezbędny, z uwagi na bliski termin kolejnych rozpraw, zgodnie z wnioskami pełnomocników, nie było możliwe przygotowanie substytutów

Z kolei w drugim wypadku z uwagi na skierowanie na test i zarazem na kwarantannę do czasu uzyskania wyniku przewodniczącego składu orzekającego KIO (wynik negatywny).

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości i 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.

Zauważyć również należy, że rozpoznając wniosek, o którym mowa w art. 183 ust. 2 Pzp, Izba nie rozstrzyga o zasadności lub niezasadności odwołania, które jest rozpoznawane w ramach odrębnego postępowania odwoławczego.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 3 Pzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....