Sygn. akt: KIO 778/20
KIO 780/20

WYROK

z dnia 3 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Członkowie: Robert Skrzeszewski

Bartosz Stankiewicz
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2020 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2020 roku przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Gmina Wrocław we Wrocławiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Gospodarowania Odpadów we Wrocławiu i ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaroszowie, zgłaszających przystąpienie do obydwu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania

2. Kosztami postępowania obciąża Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania

ALBA Spółkę Akcyjną we Wrocławiu i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółkę Akcyjną we Wrocławiu tytułem wpisów od odwołań (po 15 000 zł 00 gr od każdego z nich),

2) zasądza od Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA Spółki Akcyjnej we Wrocławiu na rzecz Gminy Wrocław we Wrocławiu kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowań odwoławczych poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Sygn. akt: KIO 778/20

KIO 780/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Wrocław we Wrocławiu, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. we Wrocławiu - prowadzi postępowanie w trybie negocjacji bez

ogłoszenia, którego przedmiotem jest odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), zwanej dalej ustawą P.z.p.

Sygn. akt: KIO 778/20

W dniu 10 kwietnia 2020 roku wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez

unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia w sytuacji, gdy nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz dokonania czynności badania i oceny

ofert.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, tj.:

1) zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 6 kwietnia 2020 r.;

2) protokołu nr 1/2020 dot. postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia;

3) protokołu nr 3/2020 dot. postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, iż w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. jest uprawniony do wniesienia odwołania. Odwołujący jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych został zaproszony w dniu 5 marca 2020 r. do udziału w negocjacjach, a w dniu 20 marca 2020 r. do złożenia oferty. W dniu 26 marca 2020 r. odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a zatem posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W wyniku działań zamawiającego, który w sposób uchybiający przepisom ustawy unieważnił postępowanie, powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcie spodziewanego zysku z jego realizacji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 5 marca wszczął na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście". Zamawiający przesłał zaproszenie do udziału w negocjacjach 3 wykonawcom - Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, Wrocławskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich. Negocjacje odbyły się w dniu 16 marca 2020 r. W dniu 20 marca 2020 r. zamawiający przesłał zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków

zamówienia. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 26 marca 2020 r. na godzinę 11:30 a otwarcie ofert na godzinę 12:00. W dnu 25.03.2020 r. Odwołujący złożył odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże pomimo wpływu odwołania zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert. W postępowaniu oferty złożyło jedynie dwóch wykonawców - konsorcjum spółek: Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik konsorcjum) i ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku (członek konsorcjum) oraz odwołujący, czyli Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

W dniu 6 kwietnia 2020 r. zamawiający przesłał odwołującemu pismo o unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie, negocjacji bez ogłoszenia na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście" drogą elektroniczną. Zamawiający wskazał, że unieważnienia dokonuje w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający wskazał, że nie można było dalej procedować z uwagi na okoliczność, że niemożliwym stało się dalsze kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, do czasu rozpatrzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą złożonego przez WPO ALBA S.A. odwołania, a co ważniejsze również zlecenie wykonania prac związanych z obiorem, zbieraniem, transportem i zagospodarowaniem odpadów w tym trybie.

Zamawiający podał, że istotną zmianę okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć w chwili ogłoszenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, tj. w dniu 5 marca 2020 r., stanowi wstrzymanie rozstrzygania odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą od dnia 16.03.2020 r. z uwagi na epidemię wirusa SARS-CoV-2 i brak wprowadzenia innych procedur dających możliwość rozpatrzenia złożonych odwołań. Ponadto stwierdził, że jest to niewątpliwie nadzwyczajne wydarzenie, mające istotny wpływ na prowadzenie postępowania. Zamawiający argumentował, że wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania zostały spełnione, ponieważ:

- zmiana okoliczności polegająca na wprowadzeniu w kraju stanu epidemii i bezterminowe odwołanie posiedzeń przed Krajową Izbą Odwoławczą jest bez wątpienia okolicznością o charakterze obiektywnym, występującą realnie,

- zmiana ta ma charakter zewnętrzny wobec stron, wynika z okoliczności od stron niezależnych i ma na tą chwilę charakter trwały, ponieważ, jak podkreśla się we wszelkich komunikach rządu, na chwilę obecną nie jest możliwe wskazanie okresu zakończenia epidemii.

Odwołujący podniósł, że w dalszej kolejności zamawiający wskazał, że „musiał rozważyć, czy kontynuowanie postępowania i zapewnienie wykonawcy możliwości rozpatrzenia jego odwołania, może zostać ograniczone z uwagi na interesem publiczny, rozumiany jako konieczność zapewnienia ciągłości odbioru odpadów od mieszkańców miasta. 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. A 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. Stąd w ocenie zamawiającego opisany wyżej interes publiczny jest na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców i unieważnienia postępowania. Jego dalsze prowadzenie mogłoby bowiem doprowadzić do sytuacji, w której nie byłoby prawnych możliwości zlecenia usługi odbioru odpadów z chwilą zakończenia trwania obecnej umowy."

W ocenie odwołującego, uzasadnienie faktyczne i prawne czynności unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia podane przez zamawiającego w piśmie z dnia 6 kwietnia 2020 r. nie może być uznane za zasadne. Nie polega na prawdzie twierdzenie zamawiającego, że dalsze prowadzenie postępowania mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której nie byłoby prawnych możliwości zlecenia usługi odbioru odpadów z chwilą zakończenia trwania obecnej umowy. Wskazać należy, że przepis art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. stanowi, że zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminów, o których mowa w ust. 1, jeżeli umowa dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Jak wskazuje się w doktrynie, „w przypadku sytuacji objętych normą art. 94 ust, 2 pkt 2 termin ustawowy zawarcia

umowy nie musi być zachowany, nawet gdy istnieje jeszcze krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie i mogących korzystać ze środków ochrony prawnej." (tak: W. Dzierżanowski, komentarz do art. 94 p.z.p., [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, wyd. VII. Wolters Kluwer Polska, 2018). Jak uznała KIO w wyroku z dnia 24.05.2017 KIO 929/17, „Istotna zmiana okoliczności wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykłych. Takiego charakteru nie ma w żadnym wypadku skorzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, które spowodowały przesunięcie terminów. Takie zachowania wykonawców są normalnymi zachowaniami w procedurach udzielania zamówień publicznych. Wobec powyższego nie można uznać, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności." Wprawdzie przepis art. 183 ust 1 ustawy P.z.p. stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, to jednak przepis art. 183 ust. 2 ustawy P.z.p. stwarza zamawiającemu możliwość złożenia do Izby wniosku 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. Odwołujący podkreślił, że w okresie stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 Krajowa Izba Odwoławcza nie przeprowadza posiedzeń i rozpraw z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, jednakże wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy P.z.p., podlega rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym, nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego złożenia. Rozstrzygnięcie następuje w formie postanowienia, na które nie służy skarga do sądu.

Odwołujący wskazał, że zamawiającemu przysługiwały inne środki pozwalające na osiągnięcie skutku polegającego na stworzeniu możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego bez konieczności unieważnienia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Mógł bowiem złożyć do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek w trybie art. 183 ust 2 ustawy P.z.p. o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Nie można zatem stwierdzić, że wada postępowania, która została wskazana przez zamawiającego jako przyczyna jego unieważnienia, ma charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Tym samym, w ocenie odwołującego, nie zostały spełnione przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., a więc unieważnienie postępowania miało miejsce z naruszeniem przepisów ustawy. Unieważnienie postępowania jest rozwiązaniem wyjątkowym i jako takie powinno być traktowane jako ostateczność.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi natychmiastowa potrzeba realizacji zamówienia ani nawet aż tak pilna potrzeba udzielenia zamówienia, która uniemożliwiałaby zamawiającemu oczekiwanie na rozpatrzenie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Co najmniej do dnia 15.05.2020 r., a więc przez okres ponad półtora miesiąca od dnia złożenia i otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu, usługa odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I -Stare Miasto i Śródmieście realizowana jest na podstawie umowy z dnia 19.08.2016 r. nr 66/61/2016/G. Usługa ciągłości odbioru odpadów od mieszkańców nie jest więc zagrożona w sposób uniemożliwiający dalsze procedowanie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie polega także na prawdzie twierdzenie zamawiającego, jakoby wykonawca realizujący dotychczas tę umowę nie wyraził zgody na jej przedłużenie.

W ocenie odwołującego, unieważnienie niniejszego postępowania nie leży więc w interesie publicznym. Unieważnienie postępowania może uniemożliwić zamawiającemu wykonanie ciążących na nim zadań podejmowanych w celu realizacji interesu publicznego. W doktrynie słusznie wskazuje się, że w świetle przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. to nie brak udzielenia zamówienia ma powodować naruszenie interesu publicznego, a wręcz przeciwnie - wykonanie zadania (udzielenie zamówienia) ma być sprzeczne z interesem publicznym (tak: J. Pieróg, komentarz do art. 93 p.z.p„ [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, J. Pieróg, wyd. 15., Legalis, 2019). W okolicznościach niniejszej sprawy nie można stwierdzić, by udzielenie zamówienia nie leżało w interesie publicznym. Skutek w postaci niecelowości dalszego prowadzenia postępowania winien być trwały, a nie przemijający.

Odwołujący stwierdził, że jednocześnie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia godzi w zasadę uczciwej konkurencji. Zapewnienie uczciwej konkurencji i przestrzeganie pozostałych zasad jest obowiązkiem zamawiającego niezależnie od trybu, w którym prowadzone jest postępowanie. Zasada uczciwej konkurencji oznacza przede wszystkim zakaz ograniczenia

konkurencji w postępowaniu przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego należytej realizacji, rozumianej jako zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający powinien dać prymat trybowi udzielenia zamówienia, który w pełniejszym zakresie zapewnia realizację zasady konkurencyjności postępowania. Zamawiający natomiast nie wstrzymał się z odczekaniem na upływ terminu do zaskarżenia decyzji o unieważnieniu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia i już w tym samym dniu, w którym podjął decyzję o unieważnieniu postępowania, wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, a w dniu 8 kwietnia 2020 r. - a więc zaledwie po dwóch dniach - zawarł umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki, pomimo że nie zachodziły przesłanki uzasadniające wszczęcie postępowania w tym trybie na podstawie art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy P.z.p., w oparciu o który zamawiający wszczął postępowanie.

Odwołujący przyznał, że wnosił o unieważnienie przedmiotowego postępowania. Wskazywał jednak na zupełnie inne okoliczności uzasadniające konieczność unieważnienia postępowania niż te, na których oparł się zamawiający. Zamawiający odniósł się do innych przyczyn unieważnienia postępowania niż wskazywane przez odwołującego, dlatego też uznać należy, że w tym zakresie nie podzielał stanowiska odwołującego. Niemniej jednak, pomimo złożenia odwołania, odwołujący zdecydował się na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenia zamówienia. Co więcej jest jedynym wykonawcą, którego oferta nie podlega odrzuceniu, gdyż oferta złożona przez konsorcjum spółek Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu i ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. podlega odrzuceniu jako oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 czerwca 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że w swoim odwołaniu odwołujący wskazuje, iż jego zdaniem nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż ten miał możliwość skorzystania z normy zawartej w art. 94 ust. 2 pkt 1 lit. b ustawy P.z.p. Pzp, wobec czego twierdzenie, iż dalsze prowadzenie postępowania mogłoby doprowadzić do niemożliwości zawarcia umowy jest zdaniem odwołującego chybione. Odwołujący pomija tu jednak wymóg zawarty w art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., nakładający na zamawiającego obowiązek wyznaczenia przynajmniej 10 dniowego terminu na dostarczenie dokumentów przez oferenta. Zamawiający nie mógł zatem dochować terminów wymaganych dla rozstrzygnięcia postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia i wbrew twierdzeniom odwołującego w kwestii tej nie było uzasadnione złożenie wniosku do Prezesa UZP w trybie art. 183 ust. 2 ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego, niezgodne ze stanem faktycznym jest również twierdzenie odwołującego, iż zamawiający wskazywały na wadę postępowania mającą charakter nieusuwalny i powodującą, że zawarta umowa będzie podlegała unieważnieniu. Zamawiający wskazywał, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, ponieważ mogłoby doprowadzić do niemożliwości zawarcia umowy na odbiór odpadów z Sektora I.

Zamawiający stwierdził, że w sprzeczności ze stanem faktycznym pozostaje twierdzenie, iż nie zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia z uwagi na zachowanie ciągłości świadczenia usługi odbioru odpadów oraz że ciągłość usługi odbioru odpadów od mieszkańców nie jest zagrożona.

Zamawiający wskazał, że - po pierwsze - wszyscy wykonawcy, w tym odwołujący, wskazywali, iż potrzebują przynajmniej 30 dni na rozstawienie pojemników, które to pojemniki mają stanąć na sektorze do dnia 15 maja 2020 r. A zatem umowa musiała być zawarta przed dniem 15 kwietnia 2020 r., a - biorąc pod uwagę przerwę świąteczną - praktycznie do dnia 10 kwietnia 2020 r. Twierdzenie odwołującego, iż nie zachodzi obawa utrzymania ciągłości świadczenia usługi, opiera się tylko i wyłącznie na założeniu, iż to on otrzymałby dalszą kontynuację świadczenia tej usługi w ramach kolejnej umowy.

Zamawiający wskazał, że dalsze twierdzenia odwołującego, iż nieprawdą jest, jakoby nie wyraził zgody na przedłużenie umowy, pozostają w sprzeczności z treścią pisma odwołującego z dnia 1 kwietnia 2020 r., skierowanego do Prezydenta Miasta Wrocławia oraz Spółki Ekosystem, gdzie odwołujący wyraźnie wskazał, iż nie widzi potrzeby ani sensu przedłużenia obecnie obowiązującej umowy do dnia 31 maja 2020 r., jak o to wnioskował zamawiający pismem z dnia 30 marca 2020 r.

Odnosząc się do zarzutu, że nie została spełniona przesłanka, iż unieważnienie postępowania leży w interesie publicznym oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji, zamawiający wskazał, odwołujący pomija fakt, że zamówienie z wolnej ręki udzielone zostało wykonawcy, którego oferta była korzystniejsza w prowadzonym wcześniej postępowaniu w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Co więcej, ten sam odwołujący pismem z dnia 1 kwietnia 2020 r. próbował niejako sam wszcząć postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, składając swoją ofertę. W piśmie podał on, iż zachodzą ustawowe przesłanki umożliwiające udzielenie zamówienia z wolnej ręki, zarówno w oparciu o pkt 3 jak i pkt 1, ust. 1 art. 67 ustawy P.z.p. Wszystko to jednak opiera się na założeniu, że przesłanki prawne są spełniane tylko wówczas, jeżeli zamówienie otrzyma odwołujący. Obecnie natomiast odwołujący twierdzi, iż nie zachodzą przesłanki uzasadniające wszczęcia postępowania w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający zauważył, że odwołujący potwierdził, że wniósł o unieważnienie postępowania, ale w oparciu o inne okoliczności. Zamawiający wskazał, że podstawa prawna z pisma odwołującego z dnia 23 marca 2020 r. jest tożsama z podstawą prawną, jaką zastosował zamawiający do unieważnienia postępowania.

Zamawiający nie zgodził się również z ostatnim z zarzutów podniesionych w odwołaniu co do ważności oferty złożonej przez konsorcjum firmy Chemeko-System Sp. z o. o. oraz Eneris Sp. z o.o. Zamawiający zaznaczył, że w prowadzonych negocjacjach wykonawca, firma Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, uczestniczyła wraz z firmą ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., co potwierdza lista obecności sporządzona w trakcie negocjacji w dniu 08.04.2020 r. Następnie obie te firmy złożyły ofertę w ramach konsorcjum. Podobnie, zapraszając do zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający skierował zaproszenie do firmy Chemeko-System, która oświadczyła, iż jest zainteresowana złożeniem oferty w ramach konsorcjum z firmą ENERIS. Zamawiający zauważył, iż zarówno w ramach negocjacji bez ogłoszenia, jak i negocjacji przy udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający nie ma możliwości zaproszenia do udziału w negocjacjach konsorcjum firm. Jest to bowiem twór prawny; który tworzą wykonawcy na potrzeby złożenia oferty i realizacji konkretnego zamówienia. Stąd zamawiający nie może mieć wiedzy, czy wykonawcy będą zainteresowani realizacją zamówienia w ramach konsorcjum. A zarazem nie ma przepisu prawa, który zabraniałby konsorcjum realizację umowy w trybie negocjacji bez ogłoszenia czy zamówienia z wolnej ręki. Również w samym zaproszeniu do negocjacji zamawiający zawarł zapis o możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców.

W ocenie zamawiającego, w przedmiotowej sprawie kluczowa jest analiza stanu faktycznego i czynności, jakie miały miejsce w postępowaniu.

Zgodnie z warunkami umowy z dnia 19.08.2016 r. nr 66/61/2016/G łączącej strony, okres obowiązywania umowy mógł ulec skróceniu, jeżeli wynagrodzenie wskazane w najkorzystniejszej ofercie zostanie szybciej „skonsumowane”. Zgodnie z treścią umowy, zarówno wykonawca, jak i zamawiający, zobowiązani są do badania w trakcie realizacji umowy poziomu wykorzystanego wynagrodzenia. Wykonawca zobowiązany jest do poinformowania zamawiającego o wykorzystaniu w 90% wynagrodzenia umownego. Szczegółowe zapisy w tym zakresie zawarte są w § 4 ustępy od 5 do 8 umowy. Odwołujący wypełnił swój obowiązek i pismem z dnia 4 grudnia w 2019 r. i poinformował zamawiającego, iż wartość umowy osiągnie poziom 90% wynagrodzenia na Sektorze I w miesiącu kwietniu 2020 r. W oparciu o te informacje zamawiający dokonał własnego wyliczenia (w załączeniu) wykorzystania kwoty wynagrodzenia i w dniu 12 lutego 2020 r. wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór odpadów na Sektorze I. W ślad za tym, pismem z dnia 3 marca 2020 r., zamawiający poinformował wykonawcę, zgodnie z obowiązkiem wynikającym z § 4 ust. 5 umowy, iż zakończenie świadczenia usługi wyznacza na dzień 15 maja 2020 r.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu odpowiednio w dniach 24 i 25 lutego 2020 r., złożone zostały dwa odwołania odwołującego i FBSerwis. Krajowa Izba Odwoławcza wyznaczyła termin rozpoznania tych odwołań na dzień 10 i 11 marca 2020 r. Z uwagi jednak na ich obszerność postępowania nie udało się zakończyć w tym terminie. Dalsza możliwość procedowania została wstrzymana z uwagi na ogłoszenie stanu zagrożenia epidemicznego, a następnie stanu epidemii. Biorąc pod uwagę fakt złożenia odwołań w przetargu nieograniczonym oraz wyznaczony termin zakończenia obecnej umowy na dzień 15 maja 2020 r., zamawiający, działając w celu zapewnienia w istniejącym stanie faktycznym ciągłości usługi odbioru odpadów od mieszkańców, podjął decyzję o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia na odbiór odpadów w Sektorze I do czasu rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego w tym zakresie.

Zaproszenie do negocjacji zostało skierowane w dniu 5 marca 2020 r. Termin

negocjacji wyznaczono na dzień 16 marca 2020 r. Zarówno wykonawca, firma Chemeko-System, jak i odwołujący, złożyli w trakcie negocjacji propozycje zmian do umowy i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które zamawiający w części uwzględnił. W dniu 20 marca 2020 r. zamawiający skierował zaproszenie do składania ofert, wyznaczając termin złożenia i otwarcia ofert na dzień 26 marca 2020 r.

Zamawiający wskazał, że wszyscy wykonawcy wskazywali, iż potrzebują przynajmniej 30 dni na rozstawienie pojemników, które to pojemniki mają stanąć na sektorze do dnia 15

maja 2020 r. A zatem ewentualna umowa musiała być zawarta przed dniem 15 kwietnia 2020

r., a biorąc pod uwagę przerwę świąteczną - praktycznie do dnia 10 kwietnia 2020 r.

Pismem z dnia 23 marca 2020 r. odwołujący wniósł o unieważnienie prowadzonego postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy P.z.p. Żądanie powyższe opierało się na tym, że - po pierwsze - istniejący obecnie w kraju stan epidemii daje możliwość udzielenia zamówienia w trybie art. 6 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020 r. poz. 374), a - po drugie - iż istniejący stan epidemii oznacza, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, gdyż zagraża bezpieczeństwu mieszkańców Wrocławia. Zamawiający nie podziela stanowiska odwołującego przedstawionego w kierowanych do niego pismach, jakoby istniała możliwość udzielenia zamówienia bez stosowania procedur ustawy P.z.p., w oparciu o art. 6 ww. ustawy, w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu miasta. Zamawiający nie zgadza się też z twierdzeniem, iż w obecnej sytuacji epidemii możliwe jest jedynie kontynuowanie istniejących umów.

Zamawiający zauważył, że w kolejnym piśmie z dnia 16 kwietnia 2020 r. odwołujący wskazał już, że wielce prawdopodobne jest wyłonienie kolejnego wykonawcy realizującego usługi odbioru odpadów w przetargu nieograniczonym do dnia 30 czerwca 2020 r., co pozostaje w sprzeczności z pismami, jakie składał wcześniej, iż do czasu trwania epidemii nie można rozstrzygnąć żadnego postępowania, gdyż zagraża to bezpieczeństwu mieszkańców. Następnym krokiem podjętym przez odwołującego było złożenie w dniu 25 marca 2020 r. odwołania wobec zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Jako zarzut wskazywano brak unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy P.z.p. Dalej, z ostrożności, postawiono szereg zarzutów dotyczących samej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mimo złożonego odwołania odwołujący zdecydował się następnego dnia 26 marca 2020 r, złożyć ofertę w postępowaniu. Po otwarciu ofert ustalono, że złożone zostały dwie oferty: firmy ALBA i konsorcjum firm Chemeko-System oraz Eneris. Oferta konsorcjum była tańsza o ok. 8 mln zł brutto.

Zamawiający wskazał, iż wartość najkorzystniejszej oferty przekraczała wartość środków, jakie posiadał zamawiający na realizację tego zamówienia, w związku z czym podjął on działania w celu zwiększenia wartości przewidywanych środków do wysokości najkorzystniejszej oferty, tj. ok. 29 mln.

Pismem z dnia 30.03.2020 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z pytaniem o wyrażenie zgody wykonawcy w przedmiocie możliwości przedłużenia obecnej umowy. na usługę odbioru odpadów do dnia 31 maja 2020 r.

W dniu 29 marca 2020 r. odwołujący złożył ponowny wniosek o unieważnienie postępowania. Następnie, w dniu 1 kwietnia 2020 r., wystosował do Prezydenta Miasta Wrocławia oraz Spółki Ekosystem wniosek o zawarcie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 i pkt 1 ustawy P.z.p. Złożył też własną ofertę. Oferta ta została oparta jednak na innych ilościach i wyliczeniach, niż te wynikające z postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W piśmie tym odwołujący wskazał również, iż nie widzi potrzeby przedłużenia obecnie obowiązującej umowy do dnia 31 maja 2020 r.

Zamawiający wskazał, że po przeanalizowaniu istniejącej sytuacji w prowadzonym postępowaniu, podjął decyzję o unieważnieniu tego postępowania. Pismem z dnia 6 kwietnia 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty, o jego unieważnieniu w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

W dniu 6 kwietnia 2020 r. zamawiający wysłał zaproszenie do negocjacji w trybie

zamówienia z wolnej ręki do wykonawcy Chemeko-System. Negocjacje odbyły się w dniu 8 kwietnia 2020 r. i tego samego dnia zawarta została umowa.

W dniu 9 kwietnia 2020 r. odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Natomiast w dniu 10 kwietnia 2020 przesłał do zamawiającego pismo, w którym wyraża zgodę na przedłużenie obecnie trwającej umowy do dnia 31 maja 2020 r., a nawet dłużej, do czasu wyczerpania środków przeznaczonych na wynagrodzenie w obecnej umowie.

W dniu 10 kwietnia 2020 r. odwołujący wniósł odwołanie na wybór wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki, a także na unieważnienie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

W dniu 16 kwietnia 2020 r. odbyła się wideokonferencja z udziałem zamawiającego i odwołującego, dotycząca usunięcia pojemników z Sektora I po zakończeniu obecnej umowy. Ustalono, iż pojemniki stanowiące własność odwołującego zlokalizowane na terenie Sektora I będą odbierane w dniach 16-23 maja 2020 r. Ustalenia te były niezbędne z uwagi na wcześniejsze pismo odwołującego, który wskazywał, iż już w kwietniu usunie część pojemników z Sektora I, co pozostawało w sprzeczności z zapisami umowy, na co zamawiający zwrócił uwagę w swoim piśmie z dnia 15 kwietnia 2020 r., będącym odpowiedzią na pismo odwołującego z dnia 4 marca 2020 r. To pismo stanowi potwierdzenie przekonania

Wykonawcy i czynione przez niego przygotowania do zakończenia umowy w dniu 15 maja

2020 r.

W swoim kolejnym piśmie z dnia 24 kwietnia 2020 r. odwołujący złożył ponownie ofertę realizacji umowy na dotychczasowych warunkach cenowych od 15 maja 2020 r., oferując również możliwość postawienia pojemników na odpady BIO, pomimo iż w swoich wcześniejszych pismach twierdził, iż nie ma prawnej możliwości odbioru tego typu odpadów.

Zamawiający wskazał, iż biorąc pod uwagę terminy, jakie wyznacza ustawa P.z.p., nie byłoby możliwe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na odbiór odpadów z Sektora I do dnia 15 kwietnia 2020 r., z uwagi na okoliczności niżej opisane:

- otwarcie ofert nastąpiło w dniu 26 marca 2020 r;

- zamawiający po przeanalizowaniu ofert mógł najwcześniej w dniu 30 marca 2020 r. skierować do wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą wezwanie do złożenia dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p.. Wykonawca ma co najmniej 10 dni na złożenie dokumentów, a - w przypadku konieczności ich uzupełnienia - zamawiający musi wyznaczyć kolejny termin. Dopiero po zbadaniu całości dokumentacji i wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający mógłby wystąpić do Prezesa UZP o wyrażenie zgody na zawarcie umowy w oparciu o art. 183 ust. 2 ustawy P.z.p., a to z uwagi na złożone wcześniej przez odwołującego odwołanie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy zachowaniu pięciodniowego terminu uzyskania zgody od Prezesa UZP (art. 183 ust. 4 ustawy P.z.p.), nastąpiłoby to w dacie uniemożliwiającej zawarcie umowy z wykonawcą wybranym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, gdyż każdy z wykonawców wskazywał wyraźnie iż wymaga minimum 30 dni od zawarcia umowy do rozpoczęcia realizacji usługi. Po uzyskaniu zgody Prezesa UZP konieczne byłoby również zwrócenie się do wykonawcy o wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Żaden bowiem z wykonawców nie podejmował wcześniej czynności związanych z uzyskaniem zabezpieczenia, nie wiedząc, czy zostanie zawarta z nim umowa. A zatem, jak wskazał zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, dalsze procedowanie postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia sprowadzałoby się do konieczności zapewnienia ciągłości świadczenia usług odbioru odpadów od mieszkańców poprzez zawarcie umowy tylko z odwołującym w trybie zamówienia z wolnej ręki. Podczas gdy oferta tego Wykonawcy była o 8 mln zł droższa.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że - jak wskazuje się w doktrynie prawa - przesłanka unieważnienia postępowania, zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., stanowi wyraz ochrony interesu publicznego, aby zamawiający mógł gospodarnie i efektywnie wydatkować środki publiczne. Jednak może to odnosić się tylko do sytuacji, gdy na skutek zaistnienia nadzwyczajnych okoliczności realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. /tak: Wandzel Monika,

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Opublikowano: Zam.Pub.Dor. 2014/3/36-46 /. Również Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała w swoich orzeczeniach, iż prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zdaniem KIO nie może stanowić celu samego w sobie i nie może być postrzegane w oderwaniu od szerszego kontekstu, w tym realizacji budżetu. (KIO/UZP 606/11 oraz KIO 457/11).

Dlatego też zamawiający pismem z dnia 6 kwietnia 2020 r. unieważnił postępowanie prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia, z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W swoim piśmie wskazał, iż istotna zmiana okoliczności polegała na tym, że doszło do wstrzymania procedowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i nie można było dalej prowadzić postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, z uwagi na występującą pilną potrzebę udzielenia zamówienia na odbiór odpadów, najpóźniej do dnia 10 kwietnia 2020 r., biorąc pod uwagę przerwę świąteczną. Zamawiający mógłby wystąpić do Izby o zgodę na zawarcie umowy dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, a musiałby o zgodę wystąpić, gdyż odwołujący, mimo złożenia oferty, nie cofnął swojego odwołania na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A zatem zamawiający nie mógł w tym zakresie skorzystać z zapisów art. 94 ust. 2 pkt 1 lit. b ustawy P.z.p. W przypadku wystąpienia o zgodę do Prezesa UZP, zamawiający nie zdążyłby zawrzeć umowy przed wyznaczonym terminem. Wykonawca swoje odwołanie wycofał dopiero pismem z dnia 29 kwietnia 2020 r.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący cały czas wskazywał, że może realizować

umowę w oparciu o założenia, jakie są w obecnej umowie, ale takie działanie - zdaniem zamawiającego - byłoby sprzeczne z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa, które zostały wskazane powyżej, w tym z obligatoryjnym selektywnym zbieraniem frakcji BIO, czy innymi warunkami zagospodarowania odpadów w instalacjach. Istotne było też wprowadzenie nowego typu pojemników oraz nowego oznakowania. Gdyby natomiast nie wystąpiły szczególne okoliczności, w postaci braku możliwości procedowania wniesionego odwołania przed KIO, złożone w dniu w dniu 25 marca 2020 r. odwołanie zostałoby rozstrzygnięte najpóźniej 'do dnia 9 kwietnia 2020 r. Wówczas, w przypadku uwzględnienia odwołania na treść, doszłoby do unieważnienia postępowania, ponieważ nie istnieje prawna możliwość cofnięcia już złożonych ofert, dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ponownego złożenia ofert. W tej sytuacji zamawiający uzyskałby uprawnienie do zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. W przypadku zaś oddalenia odwołania, zamawiający zawarłby umowę w trybie art. 94 ust. 2 pkt 1 lit b ustawy P.z.p., bez konieczności uzyskania zgody Prezesa UZP. W obu bowiem wypadkach zamawiający w trakcie procedowania odwołania przez KIO, byłby uprawniony do żądania od wykonawcy dokumentów niezbędnych do zawarcia umowy, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. Wówczas z chwilą wydania orzeczenia i oddalenia odwołania przez KIO, zamawiający mógłby poinformować o wyborze najkorzystniejszej oferty, wezwać do wniesienia zabezpieczenia i następnie zawrzeć umowę. Natomiast wobec braku możliwości rozpoznania odwołania przez KIO, jak wskazano powyżej, nie istniała możliwość dalszego skutecznego procedowania postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia tak, aby do zawarcia umowy doszło w wymaganym terminie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu oraz ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. w Jaroszowie (dalej także: przystępujący) w piśmie procesowym z dnia 23 kwietnia 2020 roku, złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2020 roku, wnieśli o oddalenie odwołania w całości i przeprowadzenie dowodów wskazanych w piśmie.

W ocenie przystępującego, przedmiotowe odwołanie jest pozbawione podstaw faktycznych i prawnych, a całość działań podejmowanych przez odwołującego w niniejszej sprawie wskazuje, że odwołujący nie kwestionuje de facto samej czynności Zamawiającego, jaką było unieważnienie postępowania, a próbuje doprowadzić do takiej sytuacji, że wobec konieczności zapewnienia nieprzerwanego świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamawiający będzie zmuszony zawrzeć umowę z odwołującym, który jako jedyny posiadał pojemniki na odpady na terenie Sektora I, mimo iż odwołujący oferuje wykonanie zamówienia po cenie wyższej niż inni wykonawcy zainteresowani wykonaniem tej usługi.

Odnosząc się do przesłanki wystąpienia okoliczności powodującej, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, przystępujący wskazał, że odwołujący upatruje podstaw do wniesienia przedmiotowego odwołania w rzekomym braku istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Jednakże w ocenie przystępującego, odwołujący błędnie odczytuje motywy

decyzji zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Wskazuje na to choćby przywołane w uzasadnieniu odwołania orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 929/17), które nie koresponduje z treścią uzasadnienia unieważnienia postępowania.

W ocenie przystępującego, zamawiający dostrzega istotną zmianę okoliczności powodującą, że dalsze prowadzenia postępowania nie leży w interesie publicznych nie w tym, że odwołujący skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej (do tego odnosi się powołane orzeczenie), a w nagłej zmianie w zakresie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej i związanej z tym niepewności co do realnej możliwości kontynuowania przedmiotowego postępowania i zawarcia w jego wyniku umowy w terminie umożliwiającym zapewnienie ciągłości odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Obowiązujący na terenie kraju stan epidemii związany z pandemią COVID- 1 9 został ogłoszony w dniu 20 marca 2020 r. W dniu 25 marca 2020 r. odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W tym czasie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą się nie odbywały. W ocenie przystępującego, nie ulega jakimkolwiek wątpliwościom, że sytuacja w kraju zmieniała się i nadal zmienia się dynamicznie. Praktycznie z dnia na dzień wprowadzane były kolejne zmiany, kolejne ograniczenia. System pracy większości instytucji, ze względów bezpieczeństwa, także został zmieniony, a wprowadzone rozwiązania są odpowiedzią na kolejne regulacje prawne i wytyczne, które z kolei zależne są od stopnia rozwoju epidemii COVID-19 w kraju. To wszystko rodzi wiele pytań i powoduje obawy dotyczące dalszego funkcjonowania i zasad funkcjonowania poszczególnych instytucji, w tym także Krajowej Izby Odwoławczej.

Przystępujący podniósł, że zaistniała sytuacja związana z pandemią COVID-19 ma charakter nagły i nadzwyczajny, Komunikat wydany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 27 marca 2020 r. informował o tym, że nie będą odbywały się rozprawy ani posiedzenia jawne przed Krajową Izbą Odwoławczą. Nie precyzował jednak kwestii związanych z posiedzeniami niejawnymi. Po stronie zamawiającego niewątpliwie mógł pojawić się stan niepewności co do tego, w jaki sposób zorganizowana będzie praca Krajowej Izby Odwoławczej i, co najistotniejsze, czy organizacja ta (wobec zwiększających się restrykcji nakładanych przez rząd) nie ulegnie jeszcze zmianie np. poprzez całkowite wstrzymanie prac Izby. Zgodzić należy się z zamawiającym, że zamawiający tych kwestii nie mógł jednoznacznie przesądzić (w każdej chwili mógł bowiem zostać wprowadzony nakaz całkowitej izolacji, który najpewniej wpłynąłby także na działanie Izby), a mają one kluczowe znaczenie z punktu widzenia interesu publicznego, rozumianego przez zamawiającego jako konieczność zapewnienia ciągłości odbioru odpadów od mieszkańców Wrocławia, zwłaszcza w dobie pandemii.

Przystępujący przypomniał, że zamawiający, by zachować ciągłość wykonywania zamówienia, musiał zapewnić odbiór odpadów od dnia 15.05.2020r. Odwołujący nie wyraził bowiem gotowości do wykonywania umowy 2016 po tym dniu. Jednocześnie w postępowaniu 1/2020 zamawiający, analogicznie jak w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zagwarantował wykonawcom co najmniej 30 dni na przygotowanie się do wykonywania usługi (§ 4 ust. 3 wzoru umowy). By zrealizować to zobowiązanie, zamawiający musiał zawrzeć umowę przed 15.04.2020 r. przy czym już w toku negocjacji prowadzonych z wykonawcami, zamawiający powziął informację, że wobec zaistniałej w kraju sytuacji epidemiologicznej, termin 30-dni może być trudny do dochowania (realne terminy na dostawę pojemników i ich rozstawienie to 5-6 tygodni). Chcąc uniknąć takiej sytuacji, że wykonawca, z którym zawrze umowę, powołując się na stan epidemii, nie podstawi na czas pojemników na odpady, zamawiający zmuszony był umowę zawrzeć jeszcze szybciej niż 15.04.2020r.

Przystępujący stwierdził, że nie sposób stawiać zamawiającemu zarzutu, że nie zdecydował się na wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej i kolejno, po złożeniu odwołania wobec tego wyboru (okoliczność złożenia takiego odwołania graniczyła z pewnością), złożenie wniosku w trybie art. 183 ust. 2 ustawy P.z.p. o uchylenie zakazu zawarcia umowy. W zaistniałych okolicznościach konieczność oczekiwania choćby 5 dni na wydanie postanowienia przez Izbę, była terminem zbyt długim, tym bardziej że ostateczne ani nie było pewne czy Izba będzie wydawała jakiekolwiek rozstrzygnięcia (czy będzie prowadziła jakąkolwiek działalność orzeczniczą), ani jakie rozstrzygnięcie zapadnie w tej konkretnej sprawie.

Przystępujący stwierdził, że wobec utrzymującego się stanu niepewności co do możliwości szybkiego zakończenia postępowania i wyłonienia wykonawcy usługi, zamawiający był uprawniony do przyjęcia, że dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć. Zdaniem przystępującego zamawiający był zatem uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie przepisu

art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do przesłanki pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, przystępujący wskazał, że w myśl 54 ust. 5 umowy 2016, w sytuacji, gdy przewidziana przez zamawiającego łączna suma wynagrodzenia dotychczas należnego wykonawcy wraz z prognozowanym wynagrodzeniem należnym wykonawcy za trzy następne miesiące świadczenia usługi będzie mogła osiągnąć kwotę wskazaną przez zamawiającego jako maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, zamawiający zobowiązany był do poinformowania wykonawcy o dacie zakończenia świadczenia usługi oraz o dacie zakończenia realizacji zamówienia. Data zakończenia świadczenia usługi określonej umową 2016 została na podstawie wskazanego postanowienia umownego wyznaczona na dzień 15.05.2020r.

Z uwagi na wyczerpujące się środki przeznaczone na realizację dotychczasowej umowy na świadczenie usług w zakresie odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów, zamawiający zmuszony był do powzięcia działań zmierzających do jak najszybszego wyłonienia nowego wykonawcy tak, aby nie dopuścić do przerwania ciągłości odbioru odpadów komunalnych, zwłaszcza w dobie pandemii.

W ocenie przystępującego, nie można przy tym podzielić stanowiska odwołującego, że zamawiający mógł wstrzymać się z wyborem nowego wykonawcy aż do 15.05.2020 r., skoro w 4 ust. 3 wzoru umowy dla postępowania 1/2020 zagwarantował wykonawcom co najmniej 30 dni liczone od zawarcia umowy na przygotowanie się do realizacji zamówienia. Fakt, że do dnia 15.05.2020r. usługa mogła być realizowana na podstawie dotychczasowej umowy nie zwalniał Zamawiającego z obowiązku podjęcia niezbędnych działań mających na celu umożliwienie nowemu wykonawcy sprawne rozpoczęcie świadczenia usług. Odbiór odpadów komunalnych z terenu, jakim jest Sektor I Wrocławia, jest przecież olbrzymim przedsięwzięciem przede wszystkim logistycznym, wymagającym przygotowania. Wykonawca musi mieć czas na rozpoczęcie świadczenia usługi na tak dużym obszarze. Co więcej, zamówienie obejmuje także obowiązek podstawienia przez wykonawcę niezbędnych pojemników na odpady. Wykonawca musi mieć zatem realną możliwość zakupu pojemników, a następnie ich rozstawienia. Należy mieć przy tym na uwadze, że w kraju nadal ogłoszony jest stan epidemii co wpływa także na działalność dostawców i producentów pojemników na odpady. Przystępujący przeprowadził (za pośrednictwem spółki J. King Sp. z o.o.) w tym zakresie analizę rynku i według jego wiedzy, aby możliwe było rozpoczęcie świadczenia usługi w połowie maja 2020 r., koniecznym było złożenie zamówienia na zakup pojemników jeszcze na początku kwietnia 2020 r.

Przystępujący zaznaczył, że nie jest także fizycznie możliwe podstawienie ponad 10 tys. sztuk pojemników w ciągu jednego dnia. Taka operacja wymaga czasu.

W ocenie przystępującego, stawiając tezę co do tego, że zamawiający mógł wstrzymać się z unieważnieniem postępowania 1/2020 i oczekiwać na decyzję Izby co do tego, czy udzieli ona zgody na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, odwołujący całkowicie pomija, że zamawiający wybrał tryb negocjacji bez ogłoszenia, ponieważ mimo presji czasu, chciał zagwarantować chociaż minimalny poziom konkurencji pomiędzy potencjalnymi wykonawcami, to zaś oznaczało konieczność zapewnienia wykonawcom chociaż minimalnego czasu na przygotowanie się do realizacji zamówienia. Przyjęcie, że do zawarcia umowy o zamówienie publiczne może dojść do 15.05.2020r. oznaczałoby, że niniejsze zamówienie mógłby zrealizować jedynie odwołujący, którego pojemniki były w tamtym czasie na Sektorze i który realizował uprzednio usługę, a więc miał w gotowości pojazdy i personel niezbędne do realizacji tej usługi. Opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nie został jednak w taki sposób ukształtowany i zamawiający zagwarantował wykonawcom możliwość przygotowania się do realizacji zamówienia (vide 4 ust. 3 wzoru umowy). W tej sytuacji działania zamawiającego mające na celu jak najszybszy wybór wykonawcy, który świadczyć będzie usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I były więc racjonalne i wręcz niezbędne. Zaniechanie tych działań skutkowałoby bowiem albo przerwaniem ciągłości świadczenia usługi, co w sytuacji epidemii mogłoby mieć wręcz katastrofalne skutki dla mieszkańców Wrocławia albo koniecznością powierzenia realizacji usługi dotychczasowemu wykonawcy, czyli odwołującemu, który wykorzystując swoją uprzywilejowaną pozycję względem pozostałych wykonawców (jego pojemniki na odpady były już rozstawione) i presję czasu po stronie zamawiającego, oferuje świadczenie usługi za bardzo wysoką cenę, co z kolei negatywnie wpłynie na budżet zamawiającego.

Przystępujący zaznaczył dodatkowo, że według jego najlepszej wiedzy, odwołujący nie był zainteresowany kontynuowaniem umowy 2016, co potwierdza jedynie przypuszczenia, że odwołujący od początku próbuje wykorzystać szczególne okoliczności związane z pandemią COVID-19 i doprowadzić do sytuacji, w której zamawiający będzie zmuszony do powierzenia

realizacji zamówienia właśnie odwołującemu, czemu należy się stanowczo sprzeciwić. Podkreślił, że chociaż obecnie odwołujący twierdzi, że (cyt.:) „nie polega także na prawdzie twierdzenie zamawiającego, jakoby wykonawca realizujący dotychczas tę umowę nie wyraził zgody na jej przedłużenie" (str. 7 odwołania), to jednak:

Po pierwsze, odwołujący nie kwestionował wszczęcia przez zamawiającego postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, mimo iż zdawał sobie sprawę z tego, iż wykonawca wybrany w niniejszym postępowaniu przejmie z dniem 15.05.2020r. realizację usługi polegającej na odbiorze odpadów z Sektora I Wrocławia. Gdyby odwołujący był zainteresowany kontynuowaniem Umowy 2016 po 15.05.2020r., winien tę czynność zamawiającego zakwestionować.

Po drugie, odwołujący w piśmie z dnia 01.04.2020r. nie wyraził zgody na przedłużenie realizacji umowy 2016 nawet do dnia 31.05.2020r. (nie mówiąc już o przedłużeniu jej do 15.11.2020r.).

Skoro więc odwołujący, jako lider konsorcjum obecnie realizującego usługę nie wyraził zainteresowania jej kontynuacją na podstawie uprzednio zawartej umowy, zamawiający jak najbardziej znalazł się w pilnej potrzebie udzielenia zamówienia (a właściwie musiał udzielić go w trybie natychmiastowym tak, by wykonawca również w trybie natychmiastowym mógł przystąpić do jej realizacji, począwszy od zapewnienia pojemników), która to potrzeba — wobec ogłoszenia stanu epidemii - nie mogła zostać zrealizowana w ramach niniejszego postępowania. Czyniło to więc zbędnym jego dalsze prowadzenie z punktu widzenia interesu publicznego.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., przystępujący zwrócił uwagę, że zaskarżona przez odwołującego czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienie publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem w równym stopniu odnosi się ona do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym także przystępującego, który złożył w tym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę. Samo unieważnienie postępowania nie może więc zakłócać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a przypomnieć należy, że to właśnie tej czynności zamawiającego dotyczy przedmiotowe odwołanie.

Przystępujący dodatkowo zaznaczył, że uwzględnienie odwołania i tak pozostaje bez wpływu na sytuację odwołującego. Po pierwsze, oferta złożona przez przystępującego nie podlega odrzuceniu. Nie zaprzecza się przy tym, że wystosowane przez zamawiającego w dniu 5 marca 2020 r. zaproszenie do negocjacji, skierowane było do Chemeko — System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów a nie do konsorcjum firm, ale na tym etapie zamawiający nie mógł mieć wiedzy, czy wykonawca będzie składał ofertę samodzielnie czy też z innym wykonawcą, a jeżeli z innym wykonawcą, to z którym. Nie jest rolą zamawiającego tworzenie konsorcjum. To wykonawcy podejmują decyzję o tym, czy chcą wziąć udział w postępowaniu samodzielnie czy też wspólnie z innym wykonawcą bądź wykonawcami.

Przystępujący zwrócił uwagę, że w treści zaproszenia do negocjacji (pkt III) zamawiający sam zamieścił informację dedykowaną wykonawcom zamierzającym wspólnie ubiegać się o zamówienia. Oznacza to, że zamawiający dopuszczał możliwość, że zaproszeni przez niego do negocjacji wykonawcy będą mogli nawiązać współpracę z innymi wykonawcami. W ocenie przystępującego, należy przy tym stanowczo wykluczyć, aby intencją zamawiającego było umożliwienie złożenia ofert wspólnych wyłącznie przez tych wykonawców, którzy otrzymali zaproszenie do udziału w negocjacjach, co w sytuacji skierowania zaproszeń do trzech wykonawców byłoby wręcz absurdem.

Przystępujący stwierdził, że brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że oferta złożona przez przystępującego podlegała odrzuceniu jako oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Oferta złożona została przez wykonawcę, który od początku brał udział w negocjacjach z zamawiającym i co przystępujący skutecznie dowiódł.

Przystępujący zaznaczył, że nakazując zamawiającemu unieważnienie decyzji o unieważnieniu niniejszego postępowania, Izba doprowadziłaby do takiej sytuacji, że zamawiający musiałby powrócić do etapu badania i oceny ofert. Ponieważ, jak wykazano powyżej, oferta przystępującego jest korzystniejsza niż oferta odwołującego i jednocześnie nie podlega odrzuceniu, odwołujący i tak nie uzyskałby niniejszego zamówienia. Umowa w sprawie zamówienia publicznego winna zostać zawarta z przystępującym.

Przystępujący zauważył, że wątpliwe jest, by nawet w razie odrzucenia oferty przystępującego, zamawiający zawarłby umowę z odwołującym, skoro wartość jego oferty jest aż o 16,3 mln zł wyższa niż kwotą, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia (zamawiający na realizację zamówienia zamierzał przeznaczyć 21 mln zł). Brak możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zamówienie, a na brak takiej możliwości wskazują informacje odnoszące się do wpływów z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, z których finansowane jest to zamówienie, i tak skutkowałby koniecznością unieważnienia postępowania 1/2020 i udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki (przystępującemu).

Przystępujący przypomniał, że odwołujący pismem z dnia 01.04.2020 r. wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o unieważnienie postępowania 1/2020, proponując równocześnie zamawiającemu zawarcie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. W odwołaniu odwołujący okoliczność tę bagatelizuje, twierdząc, że oczekiwał on unieważnienia postępowania z innych przyczyn niż wskazane w zaskarżonej czynności zamawiającego.

W ocenie przystępującego, okoliczność ta jest jednak istotna dla niniejszej sprawy. Skoro bowiem odwołujący oczekiwał unieważnienia postępowania 1/2020 i w unieważnieniu tym upatrywał swój interes, nie może obecnie twierdzić, że unieważnienie to w jego interesie nie leży. O istnieniu lub nie interesu po stronie odwołującego nie przesądza bowiem podstawa prawna czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz skutek takiej czynności.

Przystępujący zauważył, że obecnie odwołujący twierdzi, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z Sektora I Wrocławia mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, tj. przez odwołującego i tą okoliczność — w zależności od etapu postępowania - traktuje jako podstawę do unieważnienia negocjacji bez ogłoszenia czy przyśpieszenia rozpoznania wniesionego przez siebie odwołania. Niezależnie od tego, że twierdzenia te są jednak całkowicie gołosłowne, bowiem ani regulacje prawne wprowadzone z uwagi na epidemię wirusa SARS-CoV-2, ani wytyczne Ministra Klimatu i Głównego Inspektora Sanitarnego w sprawie postępowania z odpadami wytwarzanymi w czasie występowania zakażeń koronawirusem SARS-CoV-2 i zachorowań na wywoływaną przez niego chorobę COVID- 19, nie wyłączają możliwości zrealizowania niniejszego zamówienia przez innego wykonawcę (co de facto nastąpiło) wskazać należy, że choć stan epidemii został ogłoszony w dniu 20.03.2020r., argument ten odwołujący pierwszy raz powołał dopiero w dniu 01.04.2020r. Odwołujący zaczął więc twierdzić, że jest jedynym podmiotem zdolnym do wykonania zamówienia dopiero po tym, gdy okazało się, że jego oferta nie jest jedyną ofertą w postępowaniu 1/2020 i nadto jest mniej korzystna cenowo niż oferta przystępującego.

Przystępujący podniósł, że podobnie przedstawia się kwestia ewentualnego przedłużenia okresu obowiązywania umowy 2016. W odwołaniu odwołujący wskazuje, że nie polega na prawdzie stwierdzenie, że nie wyraził on zgody na kontunuowanie umowy 2016, gdy tymczasem jeszcze pismem z dnia 01.04.2020r. wskazywał zamawiającemu, że nie widzi podstaw do wydłużenia okresu obowiązywania tej umowy. Odwołujący, nie godząc się na wydłużenie okresu obowiązywania umowy 2016 choćby do 31.05.2020r. (co dałoby zamawiającemu czas np. na złożenie do KIO wniosku o wyrażenie zgody na zawarcie umowy) i niejako zmuszając zamawiającego do niezwłocznego podjęcia decyzji co do dalszego sposobu procedowania w niniejszej sprawie, obecnie okoliczność tą próbuje wykorzystać przeciwko zamawiającemu.

W ocenie przystępującego, powyższe okoliczności potwierdzają, że odwołujący w sposób instrumentalny podchodzi do przepisów ustawy P.z.p., jak i do przepisów wprowadzonych w związku z ogłoszeniem w naszym kraju stanu epidemii. Zaistniałą sytuację odwołujący próbuje wykorzystać do uzyskania niniejszego zamówienia po kosztach, w ocenie przystępującego, istotnie zawyżonych, co zamierza osiągnąć poprzez całkowite wyeliminowanie możliwości ubiegania się o niniejsze zamówienie przez konkurencyjnych wykonawców.

Sygn. akt: KIO 780/20

Zamawiający - Gmina Wrocław we Wrocławiu, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. we Wrocławiu - udzielił zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, którego przedmiotem jest odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i

Śródmieście.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 10 kwietnia 2020 roku wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez

udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w sytuacji, gdy nie zostały spełnione ustawowe przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie, w zaistniałym stanie faktycznym nie mamy bowiem do czynienia z wyjątkową sytuacją niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, nie jest wymagane natychmiastowe wykonanie zamówienia, i można jeszcze zachować terminy określone dla innych trybów udzielenia zamówienia;

2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez wybór trybu niekonkurencyjnego w sposób niezgodny z przepisami ustawy P.z.p., co narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie umowy z dnia 8 kwietnia 2020 r. zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami wspólnie realizującymi zamówienie, tj. Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu i ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusku.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania, tj.:

1. zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 6 kwietnia 2020 r.;

2. protokołu nr 1/2020 dot. postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia;

3. protokołu nr 3/2020 dot. postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący wniósł także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, iż w świetle przepisu art. 179 ust 1 ustawy P.z.p. jest uprawniony do wniesienia odwołania. Odwołujący jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Zamówienie na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście" w sposób bezprawny zostało udzielone konsorcjum spółek Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we

Wrocławiu i EN ERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusku, co prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego wobec utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcie spodziewanego zysku z jego realizacji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający udzielił w dniu 8 kwietnia 2020 r. zamówienia na realizację zadania „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie

Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście" w trybie zamówienia z wolnej ręki konsorcjum spółek Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu i ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusku. W ocenie odwołującego, udzielenie zamówienia nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p., a zawarta umowa podlega unieważnieniu. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p. Udzielenie zamówienia nastąpiło bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy.

Odwołujący wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym wnoszone jest odwołanie, jest ściśle powiązane z dwoma innymi postępowaniami, które dotyczą tożsamej usługi, tj. odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście. Jedno z nich prowadzone jest nadal w trybie przetargu nieograniczonego, drugie zaś, które toczyło się w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zostało w sposób bezprawny unieważnione w dniu 6 kwietnia 2020 r., co jest przedmiotem odwołania wniesionego przez WPO ALBA.

Odwołujący wskazał, ze w dniu 12.02.2020 r. Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście" (ogłoszenie opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 12.02.2020 r. pod numerem 2020/S 030-070032). W dniu 24.02.2020 r., korzystając ze swoich ustawowych uprawnień, dwóch wykonawców, tj. FB Serwis Wrocław sp. z o.o. oraz WPO ALBA S.A., wniosło odwołania wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sprawy zostały połączone do wspólnego rozpoznania, a termin rozprawy w postępowaniu KIO 401/20 i KIO 403/20 został wyznaczony na 10.03.2020 i 11.03.2020 r. Jednym z zarzutów, które zostały podniesione wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest naruszenie przepisu art 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 4, art. 41 pkt 6 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niewskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w ogłoszeniu o zamówieniu terminu realizacji zamówienia, wobec niewskazania terminu początku realizacji zamówienia ani nieokreślenia przez zamawiającego zakładanego czasu trwania umowy. Postępowanie odwoławcze nie zakończyło się, rozprawa została odroczona na dzień 20 marca 2020 r., ale z uwagi na zawieszenie organizacji i rozpoznawania spraw przed Krajową Izbą Odwoławczą z uwagi na epidemię wirusa SARS-CoV-2, termin ten został zniesiony. Istotne jest przy tym to, że mimo zobowiązania nałożonego na zamawiającego przez KIO do złożenia pisemnej odpowiedzi na odwołanie w postępowaniu o sygn. akt KIO 403/2020 do dnia 18 marca 2020 r. do godziny 14:00 z jednoczesnym obowiązkiem przesłania tej odpowiedzi odwołującemu, odpowiedź na odwołanie do dziś nie została doręczona odwołującemu. Okoliczność ta świadczy o stosunku zamawiającego do odwołującego, jak i o jego stosunku do ciążących na nim zobowiązaniach.

W dniu 5 marca 2020 r. zamawiający wszczął na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście". Zamawiający przesłał zaproszenie do udziału w negocjacjach 3 wykonawcom - Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, Wrocławskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich. Negocjacje odbyły się w dniu 16 marca 2020 r. W dniu 20 marca 2020 r. zamawiający przesłał zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 26 marca 2020 r. na godzinę 11:30 a otwarcie ofert na godzinę 12:00. W dnu 25.03.2020 r. Odwołujący złożył odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże, pomimo wpływu odwołania, zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert. W postępowaniu oferty złożyło jedynie dwóch wykonawców - konsorcjum spółek: Cheme ko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik konsorcjum) i ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rusku (członek konsorcjum) oraz odwołujący, czyli Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA SA z siedzibą we Wrocławiu. W dniu 6 kwietnia 2020 r. zamawiający przesłał WPO ALBA S.A. drogą elektroniczną pismo o unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia w oparciu o art. 93 ust 1 pkt 6 ustawy P.z.p. z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający wskazał, że nie można było dalej procedować z uwagi na okoliczność, że niemożliwym stało się dalsze kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, do czasu rozpatrzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą złożonego przez WPO ALBA S.A. odwołania, a co ważniejsze - również zlecenie wykonania prac związanych z obiorem, zbieraniem, transportem i zagospodarowaniem odpadów w tym trybie. Zamawiający jednakże całkowicie pominął możliwość wystąpienia z wnioskiem do KIO w trybie art. 183 ust. 2 ustawy P.z.p. o

uchylenie zakazu zawarcia umowy. Czynność unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia jest przedmiotem odrębnego postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie wstrzymał się z odczekaniem na upływ terminu do zaskarżenia decyzji o unieważnieniu postępowania w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia i jeszcze w tym samym dniu, w którym podjął decyzję o unieważnieniu postępowania, wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, a w dniu 8 kwietnia 2020 r., a więc zaledwie po dwóch dniach, zawarł umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki z konsorcjum spółek CHEMEKO i ENERIS. Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z natychmiastową potrzebą realizacji zamówienia ani nawet tak pilną potrzebą udzielenia zamówienia, która wymagałaby rezygnacji z prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasady konkurencyjności.

Odwołujący stwierdził, że obecnie usługa odbioru, zbierania transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście realizowana jest na podstawie umowy nr 66/61/2016/G, która została zawarta przez Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o. oraz konsorcjum spółek: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (pełnomocnik konsorcjum), Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu oraz Przedsiębiorstwem Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (obecnie FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich). Umowa to została zawarta na okres do dnia 28.02.2021 r. z zastrzeżeniem że termin świadczenia usługi (od dnia 01.01.2017 r. nie później niż do dnia 31.12.2020 r.) i termin zakończenia realizacji umowy (19.08.2016 r. - 28.02.2021 r.) może ulec skróceniu do dat, jakie wskaże zamawiający jako datę zakończenia świadczenia usługi i datę zakończenia realizacji zamówienia. Co najmniej do dnia 15.05.2020 r. usługa odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście realizowana jest na podstawie umowy z dnia 19.08.2016 r. nr 66/61/2016/G. Odwołujący, jako pełnomocnik konsorcjum realizującego obecnie usługę, wyraził zgodę na przedłużenie terminu realizacji usługi wynikającej z umowy nr 66/61/2016/G do dnia 31 maja 2020 roku, a nawet dłużej, do czasu wyczerpania wynagrodzenia określonego w § 11 ust 1 ww. umowy. Nie polega więc na prawdzie twierdzenie zamawiającego wyrażone w protokole postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jakoby wykonawca realizujący dotychczas tę umowę nie wyraził zgody na jej przedłużenie. W zaistniałym stanie faktycznym usługa ciągłości odbioru odpadów od mieszkańców nie jest więc zagrożona w sposób rodzący konieczność rezygnacji z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że w zaistniałym stanie faktycznym nie zachodzi przesłanka do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Odwołujący wskazał, że na dzień 8.04.2020 r. nie zachodziła jeszcze konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Umowa nr 66/61/2016/G będzie realizowana co najmniej do dnia 15 maja 2020 r. Ponadto, w toku jest postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Co znamienne, ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie wskazał faktycznego okresu obowiązywania zamówienia udzielanego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający precyzyjnie określił jedynie koniec okresu obowiązywania zamówienia (28.02.2023 r.), nie wskazał jednakże okresu realizacji zamówienia, ani szacunkowej daty zawarcia umowy, ani daty początku świadczenia usługi. Termin składania ofert w przetargu pierwotnie został wyznaczony na dzień 13.03.2020 r., następnie został przesunięty na następujące terminy - w dniu 12.03.2020 r. na dzień 20.03.2020 r., w dniu 16.03.2020 r. na dzień 03.04.2020 r. i w dniu 30.03.2020 r. na dzień 05.05.2020 r. Wobec zaawansowanych prac nad przywróceniem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej niewykluczone, że możliwe będzie wyłonienie wykonawcy i udzielenie zamówienia w postępowaniu przetargowym zdecydowanie szybciej, niż prognozuje to zamawiający.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w zaistniałym stanie faktycznym nie zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki określone w przepisie art. 67. ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., które zamawiający wskazał jako podstawę procedowania w niniejszym postępowaniu.

W ocenie odwołującego, nie można przyjąć, że w zaistniałym stanie faktycznym

przyczyny powstania sytuacji uzasadniającej udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nie leżą po stronie zamawiającego. Konieczność wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki jest wynikiem braku należytej staranności zamawiającego przy realizowaniu jego obowiązków umownych określonych w § 4 ust. 7 umowy nr 66/61/2016/G, które obligują go do monitorowania poziomu wykorzystania wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1 umowy, tj. maksymalnego wynagrodzenia należnego wykonawcy, błędów w szacunkach na etapie przygotowania postępowania przetargowego na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście", które skutkowały opieszałością we wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Brak należytej staranności zamawiającego wyraża się również w takim sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia, który uchybia unormowaniom zawartym art. 29 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. Opis przedmiotu zamówienia, zarówno w postępowaniu nr 18/19, jak i w postępowaniu nr 1/20, nie został sporządzony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Co więcej został dokonany w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący stwierdził, że zawinione działanie zamawiającego należy więc rozpatrywać począwszy od zbyt późnego wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Okoliczność ta ma kluczowe znaczenie dla oceny dalszych działań podejmowanych przez zamawiającego zmierzających do udzielenia przedmiotowego zamówienia z wykorzystaniem trybów niekonkurencyjnych - negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia w trybie z wolnej ręki. Wskazał, że wszelkie okoliczności uzasadniające w ocenie zamawiającego natychmiastową potrzebę wykonania zamówienia leżą po stronie zamawiającego. Tym samym nie jest dopuszczalne procedowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. W normalnym toku działalności zamawiający powinien był bowiem przewidzieć, że postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego ulec może przedłużeniu a rzeczą wielce prawdopodobną jest, że w toku postępowania zostaną złożone odwołania. Faktem notoryjnym jest okoliczność, że postępowania o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów w dużych gminach przedłużają się z uwagi na odwołania wnoszone w toku postępowań (np. postępowanie Wałbrzychu, postępowanie w Bydgoszczy). Sama KIO uznaje, że powszechną praktyką w postępowaniach na odbiór odpadów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez konkurujących wykonawców i zamawiający powinni wszcząć odpowiednio wcześniej postępowanie, tak aby umożliwić korzystanie z tego uprawnienia przez wykonawców (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 6 lutego 2018 r. KIO 138/18). Długi czas trwania postępowania przetargowego zamawiający powinien był więc uwzględnić na etapie jego przygotowania. Tymczasem zamawiający przesłał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w celu jego opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dopiero w dniu 7 lutego 2020 r. Ogłoszenie to zostało opublikowane pod numerem 2020/S 030-070032 w dniu 12 lutego 2020 r. W ogłoszeniu termin składania ofert został wyznaczony na dzień 13.03.2020 r. na godz. 12:30. Odwołujący podkreślił, że WPO ALBA S.A, już w dniu 4 grudnia 2019 r. informował Ekosystem sp. z o.o., że wg szacunków w miesiącu kwietniu 2020 r. wartość umowy nr 66/61/2016/G osiągnie 90% wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1 umowy, tj. maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy określonego w oparciu o zestawienie kosztów zadania. Niezależnie od tego zamawiający sam zobligowany był do monitorowania poziomu wynagrodzenia. Gdyby zamawiający działał z należytą starannością, podjąłby decyzję o wszczęciu postępowania z odpowiednim wyprzedzeniem. Odwołujący wskazał, że okoliczność konieczności odbioru zwiększonej ilości odpadów odbieranych w systemie odbioru odpadów komunalnych na terenie gminy Wrocław w Sektorze I - Stare Miasto i Śródmieście oraz powiązane z tym zwiększone zaangażowanie środków finansowych, przewidzianych umową nr 66/61/2016/G nie było - wbrew twierdzeniom zamawiającego (zob. protokół nr 1/2020) - okolicznością, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Wręcz przeciwnie, monitorowanie ilości odpadów należało do obowiązków zamawiającego, który nie dołożył w tym zakresie należytej staranności. Zarówno więc postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jak i w trybie zamówienia z wolnej ręki, jest wynikiem okoliczności leżących po stronie zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że należyta staranność przejawia się nie tylko w dbałości o zgodność z przepisami oraz w rzetelności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także w planowaniu i przewidywaniu założeń co do wyniku tego postępowania, szczególnie gdy nie uwzględniono w specyfikacji istotnych warunków zamówienia okoliczności istotnych dla realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia (np. pominięcie konieczności dostosowania najpóźniej do dnia 6 września 2020 r. na podstawie art. 9 ust 1 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia przyjętego uchwałą nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. do nowo wprowadzonych regulacji ustawowych, pominięcie przy sporządzaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu w trybie

negocjacji bez ogłoszenia sytuacji związanej z epidemią wirusa SARS-CoV-2).

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie nie została wypełniona także przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Istotną okolicznością jest tutaj odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają bowiem natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym, ale niewymagającym podejmowania działań natychmiastowych, ustawodawca przewidział zastosowanie innych trybów udzielenia zamówienia niż tryb zamówienia z wolnej ręki (np. negocjacje bez ogłoszenia). Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. dotyczy natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia, a zatem jego realizacji niemal „z dnia na dzień", szybciej niż pilnie. Jest to więc przesłanka, z której można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. Okoliczność ta jest podkreślana zarówno w bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przez przedstawicieli doktryny, jak i sam Urząd Zamówień Publicznych (zob. m.in. opinia nt. udzielania zamówień publicznych w związku z wystąpieniem powodzi - zagadnienia wybrane na podstawie pytań kierowanych do Urzędu Zamówień Publicznych). W zaistniałym stanie faktycznym, wobec zaskarżenia decyzji o unieważnieniu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, wciąż istnieje możliwość dokonania wyboru wykonawcy w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki było więc nieuprawnione jako co najmniej przedwczesne. Jeżeli unieważnienie pierwotnego postępowania nastąpiło w wyniku działań podjętych przez zamawiającego, nie może być mowy o wypełnieniu przesłanek zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., ponieważ to zamawiający doprowadził do powstania sytuacji, którą błędnie uznał za kwalifikującą się do zastosowania tego przepisu.

Odwołujący podkreślił, że potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia podyktowana musi być koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. W przedmiotowym stanie faktycznym nie zachodzi taka przesłanka, gdyż co najmniej do dnia 15.05.2020 r., a więc przez okres ponad jednego miesiąca od dnia wszczęcia postępowania w trybie z zamówienia z wolnej ręki usługa odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I -Stare Miasto i Śródmieście realizowana jest na podstawie umowy z dnia 19.08.2016 r. nr 66/61/2016/G. Co więcej, w świetle postanowień tej umowy, biorąc pod uwagę ilości faktycznie odebranych odpadów (znaczący spadek z uwagi na zaprzestanie zbiórki odpadów wielkogabarytowych oraz odbioru odpadów z PSZOK), możliwe jest dłuższe realizowanie tej usługi niż do dnia 15.05.2020 r. Co więcej, sam zamawiający w piśmie z dnia 30.03.2020 r. wskazywał, że wobec ponownej analizy kosztów, że termin wskazany na 15.05.2020 r. może ulec wydłużeniu.

Odwołujący zaznaczył, że termin składania ofert w przetargu pierwotnie został wyznaczony na dzień 13.03.2020 r., następnie został przesunięty na następujące terminy - w dniu 12.03.2020 r. na dzień 20.03.2020 r., w dniu 16.03.2020 r. na dzień 03.04.2020 r. i w dniu 30.03.2020 r. na dzień 05.05.2020 r. Zamawiający, przesuwając termin składnia ofert na dzień 05.05.2020 r., powinien był jednak uwzględnić, że trwają prace nad przywróceniem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej. Możliwe wciąż jest także skrócenie przez zamawiającego terminu na składanie ofert.

W ocenie odwołującego, nie sposób uznać, że w przedmiotowym stanie faktycznym zaistniała sytuacja skutkująca koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Można nawet postawić tezę, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki jest przedwczesne, wciąż bowiem możliwe jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w innym trybie zapewniającym choć minimalną dozę konkurencyjności.

Odwołujący stwierdził, że nie można też przyjąć, że w sprawie niemożliwe jest zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Zwrócił uwagę, że przepis ten odnosi się nie tylko do trybów sprawie możliwe było udzielenie zamówienia także w trybie negocjacji bez ogłoszenia, który został przewidziany m. in. dla zamówień, które muszą być udzielone pilnie, a ponadto ze względu na brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu i brak wyznaczonego ustawowo terminu składania ofert, umożliwia w krótkim czasie przeprowadzenie postępowania. Zamawiający wszczął zresztą w pierwszej kolejności, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W dniu 6 kwietnia 2020. r. zamawiający unieważnił postępowanie prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia, choć, jak już wskazywano, unieważnienie uzasadnił okolicznościami, które w świetle obowiązujących przepisów nie uprawniały go do tego. W ocenie odwołującego wciąż możliwe jest przeprowadzenie nowego postępowania zakładającego realizację, choć w

minimalnym zakresie zasady konkurencyjności postępowania.

Odwołujący wskazał, że zamówienie w trybie z wolnej ręki powinno mieć charakter doraźny, do czasu wyboru wykonawcy w postępowaniu przetargowym toczącym się od lutego 2020 r. W jego ocenie, nie można uznać, by przedmiotowe zamówienie miało taki charakter w sytuacji gdy zamawiający planuje jego udzielenie na okres 6 miesięcy.

Odwołujący zauważył, że - biorąc pod uwagę fakt, iż możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. występuje wyłącznie w przypadku spełnienia wszystkich obligatoryjnych przesłanek wyszczególnionych w tym przepisie - w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Tym samym zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. oraz wyrażoną w art. 10 ustawy P.z.p. zasadę prymatu trybów konkurencyjnych oraz zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 ustawy P.z.p. Wybór trybu niekonkurencyjnego w sposób niezgodny z przepisami ustawy P.z.p., narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, a także zasadę proporcjonalności.

Odwołujący wskazał na treść art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., który stanowi, że umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. W świetle przepisu art. 146 ust. 3 ustawy P.z.p. unieważnienie umowy odnosi skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 czerwca 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że konieczność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki została zdeterminowana przedmiotem zamówienia oraz zespołem współwystępujących okoliczności, łącznie tworzących niemożliwą do przewidzenia sytuację, której przyczyny nie leżały po stronie zamawiającego. Centralną zaś pozycję w układzie tych przyczyn zajął wprowadzony z dniem 14.03.2020 r. stan zagrożenia epidemicznego w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2. Jednocześnie szereg innych okoliczności uniemożliwiało wszczęcie przedmiotowego postępowania przetargowego znacząco wcześniej niż w dniu 12.02.2020 r. W tym względzie szczegółowo zaś zamawiający wyjaśnił następująco.

1. Konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia wynika z charakteru zadania i świadczonych w celu jego wykonania usług. Otóż zasadniczą częścią zamówienia jest odbieranie odpadów komunalnych, ich zagospodarowanie oraz wyposażenie nieruchomości w pojemniki i worki. Jest to zadanie gminy nałożone ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a jego realizacja wymaga stałego i nieprzerwanego świadczenia usług. Gmina, niezależnie od okoliczności, obowiązana jest zapewnić odbiór i zagospodarowywania odpadów komunalnych od wszystkich właścicieli nieruchomości, a jakkolwiek przerwa w tym zakresie jest w niedopuszczalna nie tylko z ustawowych względów związanych z wykonywanym zadaniem, ale przede wszystkim ze względów sanitarnych i epidemiologicznych. W tym świetle wybór trybu zamówienia z wolnej ręki stanowił warunek konieczny zapewnienia nieprzerwanego świadczenia usługi i uniknięcia negatywnych konsekwencji braku odbioru odpadów komunalnych. Inaczej rzecz ujmując, charakter i cel udzielenia zamówienia bezwzględnie wymaga jego natychmiastowego wykonania. Wynika to z faktu, że odbiór odpadów jest to usługa, która powinna być świadczona w sposób ciągły i niezakłócony. Konsekwencje wystąpienia przerwy w świadczeniu tej usługi powodowałyby wystąpienie zagrożenia epidemiologicznego i dotknęłyby nie tyle samego zamawiającego, ale przede wszystkim mieszkańców, za których bezpieczeństwo odpowiada zamawiający. Niewątpliwie natychmiastowe wykonanie zamówienia leży w interesie publicznym, gdyż wystąpienie zagrożenia epidemiologicznego mogłoby się wiązać z wystąpieniem zagrożenia życia i zdrowia mieszkańców.

2. Przesłanka „wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć”:

Zamawiający wskazał, że termin obowiązywania umowy nr 66/61/2016/G w sprawie zamówienia publicznego, które ma być kontynuowane w następstwie udzielania zamówienia będącego przedmiotem postępowania wyjaśniającego, został wyznaczony datą kalendarzową

(28.02.2021 r.), przy czym przewidziano również ustanie jej obowiązywania we wcześniejszym terminie w przypadku wyczerpania kwoty maksymalnego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy. Szczegółowe zapisy w tym zakresie zawarte są w ś 4 ustępy od 5 do 8 umowy. Zamawiający, określając pierwotnie datę kalendarzową ustania umowy, kierował się w tym zakresie wiedzą i doświadczeniem zdobytym przy realizowania tożsamych, wcześniejszych zamówień, mając na względzie dotychczasową ilość, strukturę i morfologię powstających na terenie gminy Wrocław odpadów. Zamawiający podkreślił, że w przypadku pozostałych sektorów, na które podzielona jest gmina Wrocław, prognozy zamawiającego okazały się (podobnie jak w latach minionych) trafne. Tymczasem z przyczyn, które nie zostały do tej pory jednoznacznie zdiagnozowane, kwota maksymalnego wynagrodzenia wpływająca na termin obowiązywania umowy nr 66/61/2016/G uległa wyczerpaniu znacznie wcześniej aniżeli to zakładano, przy czym w momencie udzielania zamówienia, według najlepszej wiedzy zamawiającego, istniejących analiz i badań dotyczących składu morfologicznego i ilości powstających na terenie gminy Wrocław odpadów, okoliczności tej obiektywnie nie można było przewidzieć.

Po wtóre, zamawiający wskazał, że nie miał podstaw do przewidywania, że środki na realizację zamówienia na terenie przedmiotowego sektora wyczerpią się wcześniej niż zakładał. Niezwłocznie po wskazaniu przez dotychczasowego wykonawcę terminu, kiedy wartość zapłaconych faktur osiągnie 90% wartości umowy (pismo z dnia 04.12.2019 r.), przystąpił do prac nad opracowaniem specyfikacji kolejnego zamówienia (udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego). Pomimo rozlicznych i niezależnych od zamawiającego okoliczności uniemożliwiających sprawne rozpoczęcie i kontynuowanie prac przygotowawczych, zamawiający opracował dokumentację przetargową, a ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane już w dniu 12.02.2020 r.

Zamawiający stwierdził, iż pomimo niedającego przewidzieć się wcześniej ponadstandardowego tempa wyczerpywania się środków na realizację zamówienia, zamawiający zareagował w odpowiednim czasie i w należyty sposób, publikując ogłoszenie o zamówieniu w najwcześniejszym możliwym terminie biorąc pod uwagę moment ustalenia, że środki przeznaczone na realizację umowy ulegną wcześniejszemu wyczerpaniu. Na przeszkodzie temu ostatecznie stanął jednak ogłoszony w dniu 14.03.2020 r. stan zagrożenia epidemiologicznego, a w związku z tym i przepisami ustanowionymi na ten czas, trwające w tym czasie postępowanie przez KIO zainicjowane odwołaniami wykonawców uległo zawieszeniu.

Zamawiający podkreślił, że w dniach 10-11 marca 2020 r. przed KIO odbyły się rozprawy, których przedmiotem było rozpatrzenie dwóch odwołań wykonawców, w tym odwołującego, kwestionujących zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sprawach o sygn. akt 401/20 i 403/20. Pomimo wyznaczenia i zaplanowania przez KIO dwóch dni procedowania w przedmiocie dwóch odwołań i poświęcenia na to niemalże całego normatywnego czasu pracy Izby, nie doszło do zamknięcia rozprawy, a nawet nie zdołano udzielić głosu zamawiającemu. Rozprawa została odroczona do dnia 19.03.2020 r. Niemniej, z uwagi na ogłoszony od dnia 14.03.2020 r. stan zagrożenia epidemicznego i wprowadzenia szeregu ograniczeń w normalnej działalności instytucji i organów władzy publicznej, odroczona rozprawa nie odbyła się. Tym samym, w standardowo przewidywanym czasie postępowanie odwoławcze przed KIO nie zakończyło się. Zamawiający podkreślił, że wprowadzenie stanu zagrożenia epidemicznego, a później stanu epidemii, są okolicznościami, których zamawiający, planując udzielenie zamówienia publicznego i prognozując przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mógł przewidzieć.

Biorąc pod uwagę fakt złożenia odwołań w przetargu nieograniczonym oraz wyznaczony termin zakończenia obecnej umowy na dzień 15 maja 2020 r., zamawiający wskazał, że, działając w celu zapewnienia w istniejącym stanie faktycznym ciągłości usługi odbioru odpadów od mieszkańców, podjął decyzję o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia na odbiór odpadów w Sektorze I do czasu rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego w tym zakresie. Zaproszenie do negocjacji zostało skierowane w dniu 5 marca 2020 r, Termin negocjacji wyznaczono na dzień 16 marca 2020 r. Zarówno wykonawca Chemeko-System, jak i odwołujący, złożyli w trakcie negocjacji propozycje zmian do umowy i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które zamawiający w części uwzględnił. W dniu 20 marca 2020 r. zamawiający skierował zaproszenie do składania ofert, wyznaczając termin złożenia i otwarcia ofert na dzień 26 marca 2020 r. Wszyscy wykonawcy wskazywali, iż potrzebują przynajmniej 30 dni na rozstawienie pojemników, które to pojemniki mają stanąć na sektorze do dnia 15 maja 2020 r. A zatem ewentualna umowa musiała być zawarta przed dniem 15 kwietnia 2020 r., a biorąc pod uwagę przerwę świąteczną - praktycznie do dnia 10 kwietnia 2020 r. Po przeanalizowaniu istniejącej sytuacji w prowadzonym postępowaniu, zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu tego postępowania. Pismem z dnia 6 kwietnia 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty, o jego unieważnieniu w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu, iż postępowanie przetargowe zostało przez zamawiającego ogłoszone zbyt późno, w pierwszej kolejności zamawiający wyjaśnił, że udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa odbierania i zagospodarowania odpadów należy do zamówień z jednej strony o dość skomplikowanym charakterze faktycznym, a z drugiej strony warunki jego udzielenia są silnie uwikłane i zależne od działań prawodawcy, intensywnie i cyklicznie wręcz zmieniającego otocznia prawnego, zarówno w wymiarze funkcjonowania gminnych systemów gospodarowania odpadami komunalnymi (zagadnienia z zakresu selektywnego zbierania, obowiązku selektywnego zbierania, zakresu podmiotowego tego systemu), jak i w wymiarze gospodarki odpadami w ogóle (funkcjonowanie RIPOK, a później instalacji komunalnych, oddziaływanie na rynkowe ceny odbioru oraz w szczególności przetwarzania odpadów i preferowane formy tego przetwarzania). W związku z tym zamawiający z odpowiednim wyprzedzeniem przystąpił do prac przygotowawczych, które w związku ze specyfiką zamówienia poprzedzać muszą zasadniczą część prac nad dokumentacją przetargową.

Zamawiający podniósł, że już od początku 2019 r. podejmował działania o charakterze analitycznym i koncepcyjnym, których celem było wypracowanie założeń i opracowanie strategii w zakresie organizacji i dalszego działania gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, koniecznych z kolei do opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia planowanych do udzielenia zamówień. Do rozpoczęcia prac nad opracowaniem kolejnej dokumentacji przetargowej zakładano natomiast, między innymi, pozyskanie wyników zleconych opracowań i ich wykorzystywanie w toku prac nad udzieleniem zamówienia publicznego. W tym właśnie celu w okresie od marca do października 2019 r. zlecono:

1) opracowanie analizy wariantów stworzenia gospodarki o obiegu zamkniętym dla dwóch

obszarów:

a) aglomeracji wrocławskiej ze szczególnym uwzględnieniem możliwości i uwarunkowań dla miasta Wrocław,

b) dla miasta Wrocław z uzasadnionym rozszerzeniem o regiony optymalizujące funkcjonowanie zamkniętego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi — prof. dr hab. G. W.;

2) analizę zawartości frakcji resztkowej w strumieniu odpadów komunalnych z miasta Wrocławia — dr inż. E. d. B.;

3) opracowanie analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Wrocław za rok 2018, w celu weryfikacji możliwości technicznych i organizacyjnych gminy w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, zgodnie z wymogami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach — BMT Sp. z o.o., ul. Sochaczewska 8, 53-133 Wrocław,

4) sporządzenie opinii prawnej w zakresie skutków prawnych wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach — r. pr. W. S. .

Zamawiający poinformował, że w szczególności w okresie od czerwca do października 2019 r., uczestniczył również w działaniach w ramach Unii Metropolii Miast Polskich, które zmierzały do wypracowania stanowiska co do skutków zmian w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz możliwości oddziaływania na ustawodawcę na treść projektowanych zmian, a po ich ustanowieniu, na ich modyfikację lub doprecyzowanie. Aktywność samorządów na tym polu miała również istotne znaczenie dla prac przygotowawczych podejmowanych równolegle przez zamawiającego.

Zamawiający dodał, że już w sierpniu 2019 r. wdrożył prowadzenie programów pilotażowych, których celem było testowanie nowych rozwiązań technologicznych rozważanych do zastosowania przy okazji realizacji kolejnych zamówień. Dotyczy to, między innymi, stosowania nowego typu pojemników oraz systemów monitoringu prac wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że niezależnie od podejmowanych z daleko idącym wyprzedzeniem prac koncepcyjnych i analitycznych, napotkał w toku ich prowadzenia niezależne od siebie okoliczności obligujące go do wydłużenia prowadzonych prac zarówno na poziomie koncepcyjnym jak i na poziomie wykonawczym. Otóż ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw

wprowadzono wiele istotnych zmian do ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Przebiegu procesu prawodawczego, jak i niejasne przepisy ustanowione w jego następstwie (w szczególności w zakresie przystępowania do systemu właścicieli nieruchomości niezamieszkałych) uniemożliwiały, a potem utrudniały formułowanie prognoz, czy też bliżej sprecyzowanych założeń, utrudniając tym samym prowadzone prace przygotowawcze.

Odnosząc się do poruszonej w uzasadnieniu odwołania kwestii braku zagrożenia ciągłości świadczenia usługi i zgody odwołującego się na wydłużenie umowy z roku 2016, zamawiający stwierdził, że w dniu 26.03.2020 r. nastąpiło otwarcie ofert w toku postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zamawiający, aby wyłonić najkorzystniejszą ofertę i zawrzeć z wykonawcą umowę, musiałby zwrócić się do Prezesa UZP o zgodę na zawarcie umowy przed rozpoznaniem przez KIO odwołania na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które odwołujący złożył w dniu 25.03.2020 r. Aby zyskać brakujący na to czas, zamawiający zwrócił się do odwołującego pismem z dnia 30.03.2020 r.

o zgodę na przedłużenie trwającej umowy do dnia 31.05.2020 r. Umożliwiłoby to doprowadzenie do końca postepowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W piśmie z dnia 01.04.2020 r. odwołujący wskazał, iż nie widzi potrzeby przedłużenia obecnie obowiązującej umowy do dnia 31.05.2020 r. Natomiast w dniu 10.04.2020 r. przesłał do zamawiającego pismo, w którym wyraża zgodę na przedłużenie obecnie trwającej umowy do dnia 31.05.2020 r.

Zamawiający poinformował, że na chwilę sporządzenia odpowiedzi na odwołanie świadczenie usługi w ramach umowy nr 66/61/2016/G zostało zakończone i dokonano protokolarnego odbioru umowy. Z dniem 16.05.2020 r. usługę odbioru odpadów na Sektorze I realizuje konsorcjum firm Chemeko-System i Eneris.

Odnosząc się do zarzutu, że zawarta umowa w trybie zamówienia z wolnej ręki nie ma charakteru doraźnego, w sytuacji gdy zamawiający zawarł ją na okres 6 miesięcy, zamawiający wskazał, że umowa, po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, została zawarta na okres 6 miesięcy od dnia 16.05.2020 r. do dnia 15.11.2020 r., z uwagi na niżej opisane okoliczności.

Po pierwsze, przetarg nieograniczony na analogiczny przedmiot zamówienia w momencie jej zawierania był na etapie rozpatrywania odwołań do ogłoszenia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez KIO.

Po drugie, w trakcie prowadzenia postępowania w procedurze negocjacji bez ogłoszenia, w dniu 16.03.2020 r. nastąpiło doprecyzowanie terminu trwania umowy, jaka miała zostać zawarta w tym trybie, właśnie na okres 6 miesięcy.

Po trzecie, negocjacje dotyczące zamówienia z wolnej ręki przeprowadzone w dniu 08.04.2020 r. odbyły się w czasie trwania pandemii i oczekiwania na rozstrzygnięcie odwołań przed KIO. Zamawiający zwrócił uwagę, iż na moment zawarcia umowy z wolnej ręki nie było wiadomym, jak będzie następował rozwój epidemii, czy i kiedy zostaną zniesione, a może rozszerzone obostrzenia związane z funkcjonowanie kraju, byliśmy jako społeczeństwo cały czas przed tzw. pikiem zachorowań, na ten moment nie istniał jeszcze plan rządu wychodzenia z epidemii oraz związane z tym zmiany co do np. funkcjonowania KIO. Zasady funkcjonowania w kraju wynikały z rozporządzenia Ministra Zdrowia o ustanowieniu określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii, a ustawa z dnia 31.03.2020 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. poz. 568), wprawdzie nie zawieszała biegu terminów na składania odwołań w sprawie prowadzonych postepowań w trybie ustawy P.z.p., ale nie przewidywała też możliwości ich bieżącego rozpatrywania.

Po czwarte, w swoich pismach wykonawcy podnosili, że czas od zawarcia umowy do rozpoczęcia świadczenia usługi przyjęty przez zamawiającego (30 dni) jest niewystarczający i wnioskowali o jego wydłużenie do 60 dni. Sam odwołujący w swoim odwołaniu na ogłoszenie i treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przetargu nieograniczonym na Sektor I, bardzo mocno podkreślał, jak ważne jest dla niego wskazanie konkretnej daty rozpoczęcia świadczenia usługi. Natomiast w piśmie z dnia 01.04.2020r wyraźnie wskazał, iż proponuje, aby umowa obejmowała sztywny okres 6 miesięcy bez możliwości jej skrócenia.

Zamawiający wskazał, że w jego ocenie otwarcie ofert, uwzględniając terminy wynikające z art. 12 ustawy P.z.p., nastąpi w połowie lipca. W sierpniu zamawiający wybierze

ofertę najkorzystniejszą. Zamawiający przewiduje, że termin zawarcia umowy to druga połowa września b.r., uwzględniając procedurę odwoławczą na wybór najkorzystniejszej oferty. Stąd konieczność przyjęcia terminu 6 miesięcy trwania umowy z wolnej ręki, jako minimalny czas potrzebny do zakończenia postępowania przetargowego i wyboru wykonawcy.

Zamawiający zauważył, że realizacja umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów wymaga od wykonawcy dużego zaangażowania nie tylko finansowego, ale również organizacyjnego i logistycznego. Zapewnienie ciągłości realizacji usługi odbioru odpadów wymaga zatem poinformowania wykonawcy z odpowiednim wyprzedzeniem o okresie realizacji tej usługi. Zamawiający w oparciu o posiadane informacje z należytą starannością dokonał szacowania czasu niezbędnego do zakończenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego i w oparciu o te informacje, a także biorąc pod uwagę stanowisko wyrażane przez wykonawców, ustalił czas trwania umowy na okres 6 miesięcy. Przy tego rodzaju usłudze nie jest możliwe, ani jej rozpoczęcie, ani zakończenie z dnia na dzień.

Ustosunkowując się do dalszych kwestii zawartych w uzasadnieniu odwołania, zamawiający wskazał, jak niżej:

Ponieważ w uzasadnienia odwołania odwołujący się bardzo szeroko opisał zarzuty jakie stawiał prowadzonemu przez zamawiającego postępowaniu w trybie w przetargu nieograniczonego, zamawiający wskazał, iż na chwilę obecną znane jest rozstrzygnięcie KIO w zakresie złożonego odwołania. Odwołujący złożył ponad 20 zarzutów, z czego większość, tj. dwie trzecie została oddalona, w tym podnoszona w piśmie kwestia terminu początkowego trwania umowy, czy dostosowania postanowień specyfikacji do regulaminu utrzymania czystości. Nieprawdą jest zatem twierdzenie odwołującego, iż zamawiający w sposób nienależyty przygotował specyfikację do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący każdorazowo po dokonaniu przez zamawiającego ogłoszenia postępowania składał odwołanie na opis przedmiotu zamówienia.

Taka sytuacja miała też miejsce w kolejnym prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, tj. negocjacji bez ogłoszenia na odbiór i zagospodarowanie odpadów na Sektorze IV. Spółka złożyła w dniu 21.05.2020 r. odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie w dniu 22.05.2020 r. złożyła ofertę w tym postępowaniu. Kiedy po otwarciu ofert ustalono, że oferta odwołującego jest najtańsza, tego samego dnia odwołujący cofnął swoje odwołanie na opis przedmiotu zamówienia. Wycofanie odwołania na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia miało miejsce również w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia na odbiór odpadów z Sektora I (nr postępowania 1/2020), gdzie również odwołujący złożył ofertę.

Odnosząc się do stwierdzenia, iż nie zostało zamieszczone ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, co - jak należy mniemać - stanowić miało naruszenie art. 67 ust. 2 ustawy P.z.p., choć nie zostało to wprost wskazane w samej treści odwołania, zamawiający stwierdził, że twierdzenie to nie jest prawdziwe bowiem zamawiający przestał wymagane zawiadomienie

do Prezesa UZP w dniu 09.04.2020 r.

W podsumowaniu zamawiający zaznaczył, że wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki było uzasadnione i konieczne z następujących powodów:

1) zasadniczy przedmiot zamówienia stanowi usługa odbioru i zagospodarowywania odpadów komunalnych, która ze względu na powierzone ustawą gminie zadania musi być realizowana w sposób nieprzerwany;

2) zamawiający z odpowiednim wyprzedzeniem podjął prace analityczne i koncepcyjne, stanowiące warunek przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia planowanego do udzielanie w trybie przetargu nieograniczonego;

3) zamawiający, biorąc pod uwagę termin ustania obecnie realizowanego zamówienia publicznego, przygotował dokumentację przetargową i opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego już w dniu 12 lutego 2020 r.;

4) jakkolwiek zamawiający podjął wszelkie działania w celu możliwie szybkiego udzielania

zamówienia, rozpoczęcie postępowania przetargowego — ze względu na istotną nowelizację ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz konieczność przeprowadzenia prac przygotowawczych o charakterze koncepcyjnym i analitycznym — nie mogło nastąpić wcześniej;

5) pomimo okoliczności utrudniających prace przygotowawcze, zamawiający, biorąc pod uwagę przepisy regulujące przebieg postępowania o udzielanie zamówienia, w tym uprawnienia jego uczestników, w odpowiednim czasie rozpoczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego;

6) z uwagi na okoliczności faktyczne zamawiający w dniu 5 marca 2020 r. wszczął postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, które w założeniu miało zapewnić ciągłość świadczenia ww. usługi do czasu wybory wykonawcy w trybie przetargowym;

7) w wyniku braku uzasadnionych informacji o wznowieniu zawieszonych postępowań, w tym odwołania złożonego w postepowaniu negocjacji bez ogłoszenia oraz w obliczu groźby braku możliwości realizacji usługi odbioru i zagospodarowywania odpadów komunalnych w sposób nieprzerwany zamawiający zobligowany i uprawniony był do podjęcia działań w celu udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu oraz ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. w Jaroszowie (dalej także: przystępujący) w piśmie procesowym z dnia 23 kwietnia 2020 roku, złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2020 roku, wnieśli o oddalenie odwołania w całości i przeprowadzenie dowodów wskazanych w piśmie.

W ocenie przystępującego, całość zarzutów podniesionych przez odwołującego w jego odwołaniu sprowadza się do kwestionowania możliwości udzielenia przez zamawiającego przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący w kilku miejscach odwołania podnosi kwestię prymatu konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych nad trybami niekonkurencyjnymi, podkreślając przy tym znaczenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako kluczowych zasad dla systemu zamówień publicznych. Nie dostrzega przy tym swojej własnej niekonsekwencji. Podnoszone przez odwołującego twierdzenia są niespójne, a momentami wręcz sprzeczne ze sobą, co widoczne jest już na wstępie odwołania. Uzasadniając wniosek o rozpoznanie sprawy w trybie natychmiastowym, odwołujący wskazuje, że: „z uwagi na stan epidemii wirusa SARS-Co V-2, z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowana odpadów komunalnych mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Uwzględniając daleko idące restrykcje wprowadzone przez rząd, z uwagi na epidemię wirusa SARS-CoV-2 oraz wytyczne Ministra Klimatu i Głównego Inspektora Sanitarnego w sprawie postępowań z odpadami wytwarzanymi w czasie występowania zakażeń koronawirusem SARS-CoV-2 i zachorowań na wywołaną przez niego chorobę COVID-I (w czasie trwania pandemii/ epidemii), niewskazane jest dokonywanie wymiany kilkudziesięciu tysięcy pojemników, a z tym wiązałoby się podjęcie czynności zmierzających do realizacji przedmiotowej (zawartej z naruszeniem przepisów ustawy p.z.p.) umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki.” .

Przystępujący zauważył, że kierując się wyłącznie wyrażonym na wstępie przez odwołującego stanowiskiem, że przedmiotowe zamówienie może być świadczone tylko przez jednego wykonawcę uznać należy, że sam odwołujący dostrzega jednak podstawy do udzielenia przez zamawiającego przedmiotowego zamówienia w niekonkurencyjnym trybie zamówienia z wolnej ręki. Przystępujący przypomniał, że przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie zostały zawarte w przepisie art. 67 ust. 1 ustawy P.z.p. Wśród tych przesłanek ustawodawca wymienia między innymi okoliczność, gdy:

1) dostawy, usługi lub roboty budowalne mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów (okoliczność wskazana przez odwołującego);

2) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówią (okoliczność wskazana przez zamawiającego).

Przystępujący zauważył, że odwołujący nie może więc z jednej strony kwestionować możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, podnosić naruszenie zasad równego traktowania wykonawców, konieczność zachowania uczciwej konkurencji i dodatkowo podkreślać pierwszeństwo konkurencyjnych trybów postępowania, a z drugiej strony wskazywać na możliwość zastosowania innej przesłanki uzasadniającej zastosowanie przez zamawiającego niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego, jakim jest zamówienie z wolnej ręki. Co więcej, skoro zdaniem odwołującego usługę może świadczyć tylko dotychczasowy wykonawca, całkowicie niezrozumiałe jest domaganie się przez niego zachowania konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia. W takim przypadku zachowanie trybu konkurencyjnego jest wręcz niemożliwe.

Przystępujący wskazał także, że w dniu 1 kwietnia 2020 r. odwołujący sam skierował do zamawiającego pismo, stanowiące ofertę na udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na obszarze Sektora I — Stare Miasto i Śródmieście. W piśmie tym odwołujący:

1) potwierdza spełnienie przesłanek do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki;

2) potwierdza, że poza przesłanką zawartą w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. (a zatem potwierdza spełnienia się przesłanek wskazanych przez zamawiającego) istnieje możliwość udzielenia zamówienia także na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., a zatem odwołujący sam potwierdził, że na gruncie przedmiotowej sprawy mamy do czynienia z wyjątkową sytuacją niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć i - ze względu na którą - wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;

3) potwierdził, że prowadzone uprzednio w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowanie, obarczone jest wadą i powinno zostać unieważnione;

4) potwierdził brak zainteresowania kontynuowania dotychczasowej umowy.

Przystępujący zauważył, że wyżej wymienione pismo datowane jest na dzień 1 kwietnia 2020 r., a zatem jeszcze przed decyzją zamawiającego o unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, kiedy istniała szansa, że przedmiotowe zamówienie zostanie udzielone odwołującemu. Tymczasem w sytuacji, gdy zamawiający, w trybie sugerowanym przez odwołującego, kilka dni później, powierza realizację zamówienia przystępującemu, odwołujący całkowicie zmienia stanowisko i kwestionuje zarówno podstawy do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, jak i podstawy do unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Powyższe całkowicie podważa wiarygodność twierdzeń odwołującego i wskazuje na jego prawdziwe intencje.

Przystępujący podniósł, że składając w piśmie z dnia 1 kwietnia 2020 r. zamawiającemu swoją ofertę na realizację przedmiotowego zamówienia, odwołujący sam wskazywał 6-miesięczny okres obowiązywania umowy, który obecnie uważa za niedopuszczalny. Przystępujący zwraca przy tym uwagę, że zakreślony przez Zamawiającego termin realizacji umowy jest racjonalny z uwagi na znaczące koszty, jakie dla wykonawcy wiążą się z koniecznością zakupu i podstawienia pojemników na odpady. Przy krótkim okresie obowiązywania umowy koszty byłyby nieproporcjonalnie wysokie do osiąganego zysku i, z ekonomicznego punktu widzenia, podjęcie się realizacji zamówienia byłoby niezasadne.

W ocenie przystępującego, niezrozumiałe jest również kwestionowanie przez odwołującego „wyjątkowości sytuacji", w związku z którą wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia. Zarówno bowiem na wstępie przedmiotowego odwołania, jak i w piśmie do zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2020 r. odwołujący silnie podkreślał okoliczności związane z epidemią wirusa SARS-CoV2 i ich wpływ na udzielenie zamówienia. Tymczasem, gdy na te same okoliczności powołuje się zamawiający uzasadniając wybór trybu postępowania, odwołujący zdaje się ich nie dostrzegać.

Przystępujący zaznaczył, że uzasadniając wybór trybu postępowania zamawiający wyjaśniał, że podjął próbę udzielenia przedmiotowego zamówienia w jednym z konkurencyjnych trybów. Początkowo był to tryb przetargu nieograniczonego, który nadal nie został rozstrzygnięty, a następnie tryb negocjacji z ogłoszeniem, które to postępowanie zmuszony był unieważnić. Przystępujący podkreślił, że ogłaszając przetarg na realizację przedmiotowej usługi zamawiający nie mógł przewidzieć skali zagrożenia związanego z wirusem SARS-CoV-2 i jego wpływu na funkcjonowanie całego państwa.

Przystępujący wskazał, że obowiązujący na terenie kraju stan epidemii związany z pandemią COVID-19 został ogłoszony w dniu 20 marca 2020 r. Powyższe wpłynęło też na funkcjonowanie Krajowej Izby Odwoławczej. Rozpoznawanie spraw przed Krajową Izbą Odwoławczą zostało wstrzymane. Zamawiający mógł i przewidział, że w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zostaną złożone odwołania oraz że wykonawcy będą ze sobą silnie konkurować, ale nie mógł przewidzieć, że postępowania odwoławcze nie będą mogły być rozpoznane, a postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będą się tak znacznie przedłużać. Co więcej, nie mógł przewidzieć, jak długo będzie utrzymywać się ta sytuacja i jakie dalsze zmiany zostaną wprowadzone.

Przystępujący stoi na stanowisku, że na gruncie przedmiotowej sprawy była spełniona przesłanka natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie jest przy tym kwestią sporną, że w dniu 19 sierpnia 2016 r. Zamawiający zawarł z konsorcjum firm: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwem Higieny Komunalnej TRANS- FORMERS Wrocław Sp. z o.o. umowę na odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I — Stare Miasto i Śródmieście. Umowa została co prawda zawarta do dnia 28 lutego 2021 r., jednak w myśl 54 ust. 5 umowy w sytuacji, gdy przewidziana przez zamawiającego łączna suma wynagrodzenia dotychczas należnego wykonawcy wraz z prognozowanym wynagrodzeniem należnym wykonawcy za trzy następne miesiące świadczenia usługi będzie mogła osiągnąć kwotę wskazaną przez Zamawiającego jako maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, zamawiający zobowiązany był do poinformowania wykonawcy o dacie zakończenia świadczenia usługi oraz o dacie zakończenia realizacji zamówienia.

Przystępujący zauważył, że właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy. Z uwagi na wyczerpujące się środki przeznaczone na realizację dotychczasowej umowy na świadczenie usług w zakresie odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów, zamawiający zmuszony był do powzięcia działań zmierzających do jak najszybszego wyłonienia nowego wykonawcy tak, aby nie dopuścić do przerwania ciągłości odbioru odpadów, zwłaszcza w dobie pandemii.

W ocenie przystępującego, nie można przy tym podzielić stanowiska odwołującego, że zamawiający mógł wstrzymać się z wyborem nowego wykonawcy aż do 15 maja 2020 r. Fakt, że do tego dnia usługa może być realizowana na podstawie dotychczasowej umowy nie zwalnia zamawiającego z obowiązku podjęcia niezbędnych działań mających na celu umożliwienie nowemu wykonawcy sprawne rozpoczęcie świadczenia usług. Odbiór odpadów komunalnych jest przecież olbrzymim przedsięwzięciem logistycznym, wymagającym przygotowania. Wykonawca musi mieć czas rozpoczęcie świadczenia usługi na tak dużym obszarze. Co więcej, zakres przedmiotowego zamówienia obejmuje także obowiązek podstawienia przez wykonawcę niezbędnych pojemników na odpady. Wykonawca musi mieć zatem realną możliwość zakupu pojemników, a następnie ich rozstawienia. Należy mieć przy tym na uwadze, że w kraju nadal ogłoszony jest stan epidemii co wpływa także na działalność dostawców i producentów pojemników na odpady. Przystępujący przeprowadził (za pośrednictwem spółki J. King Sp. z o.o.) w tym zakresie analizę rynku i według jego wiedzy, aby możliwe było rozpoczęcie świadczenia usługi w połowie maja 2020 r., koniecznym było złożenie zamówienia na zakup pojemników jeszcze na początku kwietnia 2020 r. Oczywistym jest również to, że nie jest możliwe fizyczne rozstawienie wszystkich pojemników w ciągu jednego dnia. Niezbędne było więc natychmiastowe rozpoczęcie wykonywania zamówienia. Działania zamawiającego mające na celu jak najszybszy wybór wykonawcy, który świadczyć będzie usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I były więc racjonalne i niezbędne. Zaniechanie tych działań skutkowałoby bowiem albo przerwaniem ciągłości świadczenia usługi, co w sytuacji epidemii mogłoby mieć wręcz katastrofalne skutki dla mieszkańców Wrocławia albo koniecznością powierzenia realizacji usługi dotychczasowemu wykonawcy, czyli odwołującemu, który wykorzystując swoją uprzywilejowaną pozycję względem pozostałych wykonawców (jego pojemniki na odpady były już rozstawione) i presję czasu po stronie zamawiającego, oferował świadczenie usługi za bardzo wysoką cenę, co z kolei negatywnie wpłynie na budżet zamawiającego. W ocenie przystępującego oferowana przez odwołującego cena jest znacząco zawyżona i z uwagi na konieczność zapewnienia racjonalnego wydatkowania środków publicznych, zamawiający nie mógł jej zaakceptować.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w dniu 19.08.2016 r. zawarł z konsorcjum firm: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwem Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS Wrocław sp. z o.o. (obecnie: FBSerwis Wrocław sp. z o.o.) umowę na odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I — Stare

Miasto i Śródmieście. Umowa została zawarta do dnia 28.02.2021 r., z tym jednak zastrzeżeniem, że jeżeli środki przeznaczone na realizację umowy wyczerpią się wcześniej, okres realizacji umowy ulegnie skróceniu (§ 4 ust. 5 umowy). Zgodnie z tymi zapisami umowy zamawiający wskazał dotychczasowemu wykonawcy zamówienia termin zakończenia umowy

na dzień 15.05.2020 r.

W dniu 07.02.2020 r. zamawiający wszczął — w trybie przetargu nieograniczonego — postępowanie o udzielenie zamówienia na odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I — Stare Miasto i Śródmieście (w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia do 28.02.2023 r.). Postępowanie to pozostaje w toku. Wobec wniesienia przez odwołującego i FBSerwis Wrocław sp. z o.o. odwołań wobec zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ich nierozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą przed dniem 20 marca 2020 roku (dzień wprowadzenia w Polsce stanu zagrożenia epidemiologicznego), zamawiający przesunął termin otwarcia ofert.

W związku z ogłoszeniem w dniu 20 marca 2020 roku na terenie RP stanu epidemii, od 23 marca 2020 roku przed Krajową Izbą Odwoławczą nie odbywały się rozprawy ani posiedzenia jawne.

Zamawiający w dniu 05.03.2020r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście".

Zamawiający zaprosił do negocjacji trzy podmioty: odwołującego, Chemeko — System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów oraz FBSerwis Wrocław sp. z o.o. Negocjacje z wykonawcami miały miejsce w dniu 16.03.2020 r. Chemeko — System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów w negocjacjach tych uczestniczyła wspólnie z Eneris Centrum Utylizacji sp. z o.o.

W dniu 20.03.2020 r. zamawiający wysłał do wykonawców zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Termin składania ofert w postępowaniu został wyznaczony na dzień 26.03.2020 r. W dniu 25.03.2020 r. odwołujący złożył odwołanie wobec zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oferty w postępowaniu złożyli następujący wykonawcy:

Odwołujący z ceną: 37 726 407,88 zł

Przystępujący z ceną: 29 111 932,73 zł

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 21 420 000 zł

brutto.

Pismem z dnia 30.03.2020 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy umowy z 19.08.2016 r. z zapytaniem, czy akceptuje dzień 31 maja 2020 r. jako dzień zakończenia realizacji umowy. Odwołujący, działając w imieniu wykonawców umowy, w dniu 01.04.2020 r. wskazał zamawiającemu, że nie widzi potrzeby ani sensu przedłużania obecnie obowiązującej umowy do dnia 31.05.2020 r.

Zamawiający w dniu 06.04.2020r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Zamawiający wskazał, że unieważnienia dokonuje w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający wskazał, że nie można było dalej procedować z uwagi na okoliczność, że niemożliwym stało się dalsze kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, do czasu rozpatrzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą złożonego przez WPO ALBA S.A. odwołania, a co ważniejsze również zlecenie wykonania prac związanych z obiorem, zbieraniem, transportem i zagospodarowaniem

odpadów w tym trybie.

Zamawiający podał, że istotną zmianę okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć w chwili ogłoszenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, tj. w dniu 5 marca 2020 r., stanowi wstrzymanie rozstrzygania odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą od dnia 16.03.2020 r. z uwagi na epidemię wirusa SARS-CoV-2 i brak wprowadzenia innych procedur dających możliwość rozpatrzenia złożonych odwołań. Ponadto stwierdził, że jest to niewątpliwie nadzwyczajne wydarzenie, mające istotny wpływ na prowadzenie postępowania. Zamawiający argumentował, że wszystkie przesłanki unieważnienia postępowania zostały spełnione, „ponieważ: zmiana okoliczności polegająca na wprowadzeniu w kraju stanu epidemii i bezterminowe odwołanie posiedzeń przed Krajową Izbą Odwoławczą jest bez wątpienia okolicznością o charakterze obiektywnym, występującą realnie, zmiana ta ma charakter zewnętrzny wobec stron, wynika z okoliczności od stron niezależnych i ma na tą chwilę charakter trwały, ponieważ, jak podkreśla się we wszelkich komunikatach Rządu, na chwilę obecną nie jest możliwe wskazanie okresu zakończenia epidemii."

Zamawiający wskazał, że „musiał rozważyć, czy kontynuowanie postępowania i zapewnienie wykonawcy możliwości rozpatrzenia jego odwołania, może zostać ograniczone z uwagi na interesem publiczny, rozumiany jako konieczność zapewnienia ciągłości odbioru odpadów od mieszkańców miasta. 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 pytane dlaczego odpady muszą być odbierane w sposób ciągły i nieprzerwany. A 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. Stąd w ocenie Zamawiającego opisany wyżej interes publiczny jest na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców i unieważnienia postępowania. Jego dalsze prowadzenie mogłoby bowiem doprowadzić do sytuacji, w której nie byłoby prawnych możliwości zlecenia usługi odbioru odpadów z chwilą zakończenia trwania obecnej umowy."

W dniu 6 kwietnia 2020 roku zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I — Stare Miasto i Śródmieście w trybie zamówienia z wolnej ręki. W wyniku tego postępowania zamawiający w dniu 08.04.2020r. zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z przystępującym z wynagrodzeniem: 29 111 932,73 zł.

Konieczność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki została zdeterminowana przedmiotem zamówienia oraz zespołem współwystępujących okoliczności, łącznie tworzących niemożliwą do przewidzenia sytuację, której przyczyny nie leżały po stronie zamawiającego. Centralną zaś pozycję w układzie tych przyczyn zajął wprowadzony z dniem 14.03.2020 r. stan zagrożenia epidemicznego w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2. Jednocześnie szereg innych okoliczności uniemożliwiało wszczęcie przedmiotowego postępowania przetargowego znacząco wcześniej niż w dniu 12.02.2020 r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania są bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący, w przypadku postępowania o sygn. akt KIO 778/20, nie wykazał spełniania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., uprawniających do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący musi zatem dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Wnoszący środek ochrony prawnej jest zobligowany wykazać, że obiektywnie, w konkretnym postępowaniu, ma potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem określonego postępowania.

Szkoda może być rozumiana zarówno jako strata (szkoda majątkowa), jak i krzywda (szkoda niemajątkowa). Zauważyć należy, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Ponadto szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego (damnum emergens), oznaczające każde pogorszenie się jego sytuacji majątkowej, jak i korzyści utracone przez niego (lucrum cessans), stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

W rozpoznawanym przypadku ewentualna szkoda odwołującego wynikałaby wyłącznie z faktu, że nie zostało mu udzielone przedmiotowe zamówienie. Izba wskazuje jednak, że nawet z sytuacji uznania, iż zamawiający, unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, naruszył przepisy ustawy P.z.p., odwołujący nie uzyskałby zamówienia. Odwołujący złożył bowiem ofertę, które była o około 8,6 mln droższa od oferty przystępującego oraz o ponad 16 mln zł przekraczała kwotę, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. W sytuacji, gdyby zamawiający był obowiązany unieważnić czynność unieważnienia postępowania, zamówienie otrzymałby wykonawca, który złożył tańszą ofertę, a gdyby umowa z tym wykonawcą nie została zawarta, zamawiający byłby uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że podniesiony w odwołaniu zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia w sytuacji, gdy nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym

W myśl art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Dla możliwości zastosowania powołanej podstawy niezbędne jest kumulatywne zaistnienie wskazanych w nim przesłanek.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie analizowała znaczenie pierwszej z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., stwierdzając m.in. iż: „Istotna zmiana okoliczności w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., powodująca skutek w postaci unieważnienia postępowania, to pewne nadzwyczajne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia. Zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., musi mieć charakter zewnętrzny wobec zamawiającego w tym znaczeniu, że jej zaistnienie jest niezależne od samego zamawiającego.” (wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r. KIO 593/17).

Zamawiający wskazał, że istotna zmiana okoliczności, o jakiej mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., polegała na tym, że doszło do wstrzymania procedowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i nie można było dalej prowadzić postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, z uwagi na występującą pilną potrzebę udzielenia zamówienia na odbiór odpadów najpóźniej do 10 kwietnia 2020 roku.

W ocenie Izby, w przedstawionych przez zamawiającego okolicznościach, nie sposób zakwestionować zarówno nadzwyczajny charakter zaistniałego zjawiska zawieszenia rozpoznawania odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i jego niezależność od zamawiającego. Nie ulega zatem wątpliwości, iż wystąpienie w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tego rodzaju okoliczności, nosi zdecydowanie cechy istotności w kontekście jej wpływu na prowadzenie postępowania.

Unieważnienie postępowania w oparciu o przedstawione okoliczności faktyczne, bezsprzecznie nie ma więc związku z prywatnym interesem zamawiającego bądź zmianą sytuacji leżącą po jego stronie, od niego zależną lub mającą miejsce z jego winy. Należy przy tym zauważyć, że w chwili ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie

negocjacji bez ogłoszenia, nie można było spodziewać się wprowadzenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii. Kwestię przewidywalności wystąpienia istotnej zmiany okoliczności analizowała także KIO stwierdzając, iż: „Aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmienia okoliczności, w wyniku której - kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym." (wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2018 r. KIO 2526/18), a ponadto: „Sformułowanie z art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p., iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności (...) czego nie można było wcześniej przewidzieć należy w rozumieć, w ten sposób, iż przyszłe wystąpienie zmiany okoliczności, nie może być pewne lub wielce prawdopodobne w momencie wszczęcia postępowania. A zatem dane zagrożenie może być przewidywane, jednak nie jest wiadome czy wystąpi. Przyjęcie odmiennego poglądu, doprowadziłoby do braku możliwości zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. gdyż niemalże każde zmiany okoliczności mogą być przy użyciu wyobraźni przewidywane, co jednak nie oznacza, iż rzeczywiście wystąpią." (wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2018 r. KIO 2744/17). Wprowadzenie stanu epidemii było w tym czasie na tyle mało realne, iż zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie miał powodu, aby brać je pod uwagę jako potencjalne zagrożenie dla jego prowadzenia.

Izba wskazuje, że art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. stanowi m.in. iż unieważnienie postępowania jest uzasadnione brakiem interesu publicznego w prowadzeniu postępowania (nie zaś wyłącznie w udzieleniu zamówienia). Oznacza to, że samo udzielenie zamówienia nadal leży w interesie publicznym, natomiast zamówienie to nie powinno być efektem danego konkretnego postępowania. Z takim przypadkiem mamy tu do czynienia. Zamawiający nie mógł kontynuować postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ponieważ w sposób istotny zagrożona była możliwość udzielenia postępowania w tym trybie, w terminie wskazanym przez zamawiającego. Podkreślić należy, że odwołujący nie kwestionował samego faktu wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Należy zatem założyć, że również dostrzegał konieczność pilnego udzielenia zamówienia. Niespodziewane skomplikowanie sytuacji związane z wprowadzeniem stanu epidemii dodatkowo wzmocniło ową pilną potrzebę udzielenia zamówienia. Nie sposób pominąć tu postawy samego odwołującego, którego działania niewątpliwie przyczyniły się do decyzji zamawiającego. Podkreślić należy, że odwołujący odmówił propozycji zamawiającego przedłużenia realizacji zawartej z odwołującym umowy z 2016 roku do końca maja 2020 roku, mimo że następnie, już po unieważnieniu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, wyraził na to zgodę. To odwołujący również wniósł odwołanie (następnie przez niego cofnięte) na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz żądając unieważnienia postępowania, co bezpośrednio uniemożliwiło zamawiającemu sfinalizowanie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, iż w rozpoznawanym przypadku nie zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, ponieważ odwołujący świadczył usługi na podstawie umowy z 2016 roku do 15 maja 2020 roku, Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, iż wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu (w tym odwołujący) zgodnie wskazywali, że potrzebują przynajmniej 30 dni na rozpoczęcie usługi. Tym samym, zważywszy również na przerwę spowodowaną Świętami Wielkanocnymi, Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż przedmiotowa umowa winna była zostać zawarta do dnia 10 kwietnia 2020 roku.

Odnosząc się zaś do argumentacji odwołującego, iż zamawiający mógł skorzystać z instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, Izba podzieliła stanowisko

zamawiającego, iż - biorąc pod uwagę konieczność dokonania badania i oceny ofert, wyznaczenia wybranemu wykonawcy co najmniej 10 dni na uzupełnienie dokumentów oraz 5-dniowy termin na wydanie przez Izbę postanowienia o uchyleniu zakazu zawarcia umowy, zamawiający nie byłby w stanie dokonać wskazanych czynności i zawrzeć umowy przez dniem

10 kwietnia 2020 roku.

Izba stwierdziła, że w postępowaniu o sygn. akt KIO 780/20 odwołujący spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., niezbędne do wniesienia odwołania.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w sytuacji, gdy nie zostały spełnione ustawowe przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie, oraz zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez wybór trybu niekonkurencyjnego w

sposób niezgodny z przepisami ustawy P.z.p., co narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców.

Prawdą jest, iż zgodnie z wyrażoną w art. 10 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg ograniczony i nieograniczony. Zasada ta wiąże się z inną zasadą udzielania zamówień publicznych, a mianowicie z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oczywistym jest, że zapewnienie przeprowadzenia postępowania w sposób wskazany w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. urzeczywistnia się najpełniej poprzez zastosowanie takiego trybu o udzielenie zamówienia publicznego, który zapewni pełną konkurencyjność tego postępowania.

Wyrażona w art. 10 ust. 1 zasada nie ma jednak charakteru bezwzględnego. Zamawiający może odstąpić od zastosowania trybów konkurencyjnych na rzecz któregokolwiek z innych trybów przewidzianych w ustawie, jednakże wyłącznie w przypadkach w ustawie tej określonych. Uprawnia go do tego art. 10 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Przesłanki zastosowania zamówienia z wolnej ręki zawarte są w art. 67 ust. 1 ustawy P.z.p., który w pkt. 3 stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli, ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Wskazując na powyższe, podkreślić należy, że udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. będzie możliwe, gdy wystąpią kumulatywnie następujące okoliczności:

- wystąpi wyjątkowa sytuacja, do której nie przyczynił się zamawiający i której nie mógł on przewidzieć,

- sytuacja ta spowoduje, że wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,

- zastosowanie innego trybu nie jest możliwe z uwagi na niemożność zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Zaistnienie okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć to sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności można zaliczyć zdarzenie losowe, awarie, katastrofy naturalne. Nieprzewidywalność sytuacji powinna być oceniana w sposób obiektywny i indywidualnie dla każdej sytuacji. Charakter niemożliwy do przewidzenia będzie miała również konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia, będąca rezultatem przeciągającego się bez winy zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie do takich sytuacji zaliczyć można wprowadzenie na terenie RP stanu epidemii. W tym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone wyżej.

W rozpoznawanej sprawie Izba podziela stanowisko zamawiającego co do potrzeby natychmiastowego udzielenia zamówienia. Specyfika przedmiotu zamówienia (odbiór odpadów) przemawia za koniecznością zapewnienia ciągłego świadczenia tego typu usług, ponieważ przemawia za tym interes publiczny. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie skutki nieodbierania odpadów w gminie nawet w krótkim okresie czasu, a tym bardziej na przestrzeni kilku czy kilkunastu tygodni. Izba w tym zakresie podziela stanowisko wyrażone w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej co do możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki na usługę odbioru i zagospodarowania odpadów na czas niezbędny do udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym (np. wyrok z dnia 6 lutego 2018 roku, sygn. akt KIO 138/18).

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, iż zamawiający zbyt późno wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargowym, Izba wskazuje, że

postępowanie to zostało wszczęte w dniu 12 lutego 2020 roku. Następnie, w dniu 5 marca 2020 roku zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Odwołujący nie kwestionował faktu wszczęcia tego postępowania, co oznacza, że zgodził się z koniecznością pilnego udzielenia zamówienia. Żadne z tych postępowań nie mogło zostać zakończone przez dniem 15 kwietnia 2020 roku, ze względu na ogłoszony w dniu 20 marca 2020 roku stan pandemii i wstrzymanie rozpoznawania odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zaznaczyć należy, iż zamawiający podejmował działania w celu udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, które to działania nie odniosły skutku z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Zamawiający zwrócił się do odwołującego z prośbą o przedłużenie terminu realizacji umowy z 2016 roku do końca maja 2020 roku, co umożliwiłoby zawarcie umowy w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Odwołujący odmówił propozycji zamawiającego, a następnie - już po unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem - wyraził zgodę na takie przedłużenie. Odwołujący również wniósł odwołanie na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz żądając unieważnienia postępowania (co bezpośrednio uniemożliwiło zamawiającemu sfinalizowanie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia), a następnie je cofnął. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że działania odwołującego nie tyle miały na celu ochronę jego interesów w postępowaniu, co utrudnienie zamawiającemu prowadzenia postępowania.

Ustosunkowując się do zarzutu, iż zawarta przez zamawiającego umowa w trybie z wolnej ręki nie ma charakteru doraźnego, ponieważ została zawarta na okres 6 miesięcy, Izba podziela stanowisko zamawiającego, że w tym konkretnym przypadku należy wziąć pod uwagę niemożność przewidzenia, jak długo będzie obowiązywał stan epidemii i kiedy będzie można podjąć normalne czynności, mające na celu sfinalizowanie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym. Trudno czynić zarzut zamawiającemu z tego, iż przyjął taki okres wykonania zamówienia, który umożliwi mu ciągłe wykonywanie usługi do czasu wyłonienia kolejnego wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).