

POSTANOWIENIE
z dnia 24 kwietnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 kwietnia 2020 r. wniosku z dnia 23 kwietnia 2020 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – Gminę Łask

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonego pod nazwą *Utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta i gminy Łask na lata 2020-2021*.

postanowiła:

uchyla zakaz zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta i gminy Łask na lata 2020-2021*.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Łask prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Utrzymanie i pielęgnacja zieleni na terenie miasta i gminy Łask na lata 2020-2021*.

W dniu 23 kwietnia 2020 roku (prezentata na piśmie) pismem z dnia 23 kwietnia 2020 roku Zamawiający działając w trybie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zmianami, dalej: „ustawa”) złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazał, że w dniu 2 kwietnia 2020 roku wpłynęło do Zamawiającego odwołanie, wobec czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakład Usługowy DREWZEL G. S., G. S.(pełnomocnik) oraz DREWZEL G.S. spółka jawna (partner).

Zamawiający w uzasadnieniu złożonego wniosku wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, mając na względzie brzmienie art. 183 ust. 2 ustawy argumentował, że brak zawarcia w najbliższym czasie umowy na realizację zadania pn. „Utrzymanie i pielęgnacja zieleni miejskiej na terenie miasta i gminy Łask na lata 2020-2021” spowoduje istotne zagrożenie interesu publicznego polegające na utraceniu korzyści uzyskiwanych w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań własnych ciążących na gminie, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych z utrzymaniem ładu przestrzennego, gospodarki nieruchomościami, ochrony środowiska i przyrody, gospodarki wodnej, zieleni gminnej i zadrzewień zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 i 12 ustawy o samorządzie gminnym z dnia 8 marca 1990 r., (Dz. U. z 2020 poz. 713), co może spowodować rzeczywiste zagrożenie dla bezpieczeństwa ludzi i mienia, jak również utratę dotychczasowej estetyki terenów zielonych aglomeracji miejskiej. Zamawiający odwołał się do rozumienia pojęcia interesu publicznego, które jest zgodne ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego wyrażonego w uchwale z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96, OTK 1997, nr I, poz. 15, który wskazuje iż *interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.*

Zamawiający dodał, że jako organizator postępowania przewidział czas na realizację uprawnień przez wykonawców, bowiem na Zamawiającym spoczywa obowiązek wszczęcia postępowania w terminie, który zapewni udzielenie zamówienia zgodnie z planem i przepisami prawa zamówień publicznych oraz przy uwzględnieniu uprawnień wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej (por. postanowienie KIO z dnia 8 października 2010 r., KIO/W 92/10). Jednakże obecny stan tj. stan epidemii ogłoszony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z powodu COVID-19 i związane z tym stanem odwołanie przez Krajową Izbę

Odwoławczą posiedzeń i rozpraw z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego na bliżej nieokreślony czas, oznacza brak możliwości rozpatrzenia środków ochrony prawnej wnoszonych przez uczestników w terminach przewidzianych w ustawie prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji powoduje brak możliwości zawarcia umowy w najbliższej przewidywalnej przyszłości.

Zamawiający wskazał, że tereny zieleni pełnią ważną funkcję w przestrzeni publicznej, jak również przestrzeń publiczna wpływa na warunki życia mieszkańców, dlatego bardzo ważne jest utrzymanie tych terenów w jak najlepszym stanie. Na terenie gminy obok zabytkowego parku miejskiego znajdują się inne tereny bogate w roślinność takie jak; zieleńce, skwery, ogród jordanowski, ogród różany, Pl 11 Listopada, rabaty różane oraz zieleń w pasach drogowych. Zamawiający wyjaśnił, że w celu zachowania bezpieczeństwa i estetyki istniejącej zieleni wpisującej się w przestrzeń publiczną należy w odpowiednim czasie wykonywać zabiegi pielęgnacyjne. Utrzymanie i pielęgnacja drzew, krzewów i innej roślinności uzależniona jest od warunków atmosferycznych, których nie da się przewidzieć. Natura określa jakie zabiegi pielęgnacyjne można wykonać w danym miesiącu. Rośliny mają swoje fazy rozwoju uzależnione od warunków pogodowych panujących w danym czasie i to do ich stanu fitosanitarnego dobiera się rodzaj zabiegów. Dlatego w przypadku utrzymania zieleni ważny jest czas.

Na terenie gminy wiele drzew rośnie w pasach drogowych tuż pod liniami energetycznymi i w przypadku nie przeprowadzenia cięć pielęgnacyjnych będą one stwarzały zagrożenie dla ludzi i mienia. Podobne zagrożenie występuje w momencie braku możliwości usunięcia obumarłych konarów drzew znajdujących się nad chodnikami i ulicami.

Ponadto brak możliwości podpisania umowy spowoduje nie wywiązanie się z terminu wyznaczonego w decyzji Starosty Łaskiego na usunięcie drzew rosnących na działkach będących własnością gminy Łask stwarzających zagrożenie dla ludzi i mienia.

Park Miejski wpisany do rejestru zabytków również wymaga wykonywania regularnych prac porządkowych i zabiegów pielęgnacyjnych, aby zachować jego estetykę, a przede wszystkim zapewnić bezpieczeństwo korzystającym z niego mieszkańcom.

Zamawiający wyjaśnił także, że ważnym elementem zieleni miejskiej są również rabaty różane. Od 2013 roku gmina Łask organizuje cykliczną imprezę pod nazwą „Festiwal Róż”, w której biorą udział m. in. lokalni producenci róż. Impreza jest dwudniowa, w pierwszym dniu odbywa się konferencja, na której prelegentami są naukowcy z całej Polski, a w drugim dniu

prezentują się lokalni producenci róż. Dzięki ich pomocy z roku na rok powstawały nowe rabaty różane. Obecnie na terenie miasta zlokalizowanych jest 12 rabat różanych o łącznej powierzchni 1 824 m². Na rabatach rośnie 10 404 szt. krzewów róż. Krzewy te są bardzo wymagające. Prace pielęgnacyjne należy wykonywać regularnie, w odpowiedniej fazie wzrostu krzewu. Nie można przesuwac terminu wykonania. Róża jest pięknym kwiatem lecz wymagającym, dlatego jeśli w odpowiednim terminie nie odkryjemy po zimie, nie spulchnimy ziemi, nie zastosujemy w odpowiednim czasie nawozów i oprysków na choroby oraz szkodniki, nie podlejemy itp. to niestety nie przyniesie oczekiwanego efektu, a wręcz nie ma szans na przetrwanie.

Kolejnym ważnym miejscem i bogatym w zieleń jest Plac 11 Listopada w Łasku, który stanowi centrum miasta. Tu odbywają się wszystkie państwowe uroczystości. Teren ten został zrewitalizowany w 2013 i zwyciężył w konkursie organizowanym przez Towarzystwo Urbanistów Polskich i Związek Miast Polskich pod patronatem honorowym Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na najlepiej zagospodarowaną przestrzeń publiczną w Polsce. W związku z powyższym ważnym jest zachowanie standardu i estetyki tego miejsca. Roślinność znajdująca się na placu wymaga stosowania zabiegów pielęgnacyjnych wykonanych przed pełną wegetacją, w tym cięć pielęgnacyjnych, nawożenia, oprysków przeciwko chorobom i szkodnikom. Wymaga również systematycznego podlewania.

Mając na względzie występującą od lat suszę i brak okrywy śnieżnej należy podkreślić jak ważnym zabiegiem jest podlewanie roślin. Brak możliwości podpisania umowy, a tym samym brak możliwości podlewania roślin przez firmę spowoduje, że wiele drzew, krzewów i roślin skazane będzie na obumarciu. W konsekwencji gmina poniesie nie tylko trudne do oszacowania straty finansowe, ale również nieodwracalny uszczerbek w estetyce utrzymywanej do tej pory roślinności. Dodatkowo mieszkańcy gminy zostaną pozbawieni terenów zielonych, z którymi byli związani od lat i niektóre z nich stanowią ważne miejsca, w których odbywają się ważne uroczystości państwowe, a niektóre są wykorzystywane jako miejsca spotkań towarzyskich, spędzania wolnego czasu na świeżym powietrzu, a nie sposób też pominąć walorów estetycznych w/w miejsc.

Obecnie panuje na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stan epidemii spowodowany COVID-19 i niektóre rozwiązania prawne, które przewiduje ustawa 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 np.: podejmowanie uchwał w przedmiocie wydłużania terminów płatności podatku od nieruchomości, odstąpienia od dochodzenia należności cywilnoprawnych jak i umorzenie za niektóre miesiące podatku od nieruchomości oraz obecna sytuacja, która

powoduje brak wpływów z tytułu podatków od przedsiębiorców, powoduje, że znaczne uszczuplony został i zostanie budżet gminy. Wobec powyższego istnieje realne zagrożenie utraty środków finansowych przeznaczonych na realizację umowy objętej wnioskiem w sytuacji, gdy zostanie ona zawarta w późniejszym terminie. Taka okoliczność też uzasadnia pozytywne rozpatrzenie wniosku jak uznało KIO w postanowieniu z dnia 16 września 2013 r., KIO/W 53/13.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 183 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy na wniosek Zamawiającego, *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.*

Konieczne jest zatem wykazanie przez Zamawiającego, że niezawarcie umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie mogłoby godzić w interes publiczny, w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pojęcie „interesu publicznego” w polskim prawodawstwie nie zostało zdefiniowane (brak definicji legalnej), jednakże jego znaczenia można poszukiwać w orzecznictwie (np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2016 roku, sygn. akt V CSK 588/17, wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 2 lutego 2017 roku sygn. akt II FSK 4126/14). Klauzula generalna interesu publicznego w kontekście ustawy Prawo zamówień publicznych oraz regulacji odnoszącej się do wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy stanowi możliwość odwołania się przez Zamawiającego stosującego prawo do wartości, które są wspólne i istotne dla danej społeczności, która to społeczność, w tym wypadku szczególnie definiowana jest przez zakres terytorialny działalności Zamawiającego. Dokonując oceny wykazania spełnienia przesłanki interesu publicznego w złożonym wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba dokonuje oceny argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego. Wskazać należy na dwie płaszczyzny, których wartości stanowią kluczowy element oceny – pierwszą płaszczyzną jest zasada jaka obowiązuje w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. niemożliwość zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze; drugą

plaszczynę stanowi wyjątek od zasady, tj. podniesienie okoliczności, które w wyniku nie zawarcia umowy spowodowałyby negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

W efekcie, klauzula „interesu publicznego” w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, w przypadku złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, stanowi przesłankę umożliwiającą ochronę określonych w art. 183 ust. 2 ustawy wartości. Wymaga również zaznaczenia, że treść pojęcia „interesu publicznego” w każdym przypadku będzie zależna od kontekstu w jakim jest powoływana, okoliczności i sytuacji w której Zamawiający się na nią powołuje.

Izba wskazuje w tym miejscu, że w obecnej sytuacji wywołanej stanem epidemii, zgodnie z regulacjami Ustaw z dnia 31 marca 2020 r. *o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw* przed Krajową Izbą Odwoławczą nie odbywają się rozprawy ani posiedzenia jawne z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Powoduje to, że odwołanie z dnia 2 kwietnia 2020 roku wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakład Usługowy DREWZEL G. S., G.S.(pełnomocnik) oraz DREWZEL G.S. spółka jawna (partner) nie zostało rozpoznane, jak również nie sposób ustalić – na moment wydania przedmiotowego postanowienia – w jakim terminie odwołanie to zostanie poddane pod rozpoznanie.

W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe stanowisko, Zamawiający wykazał spełnienie przesłanek określonych w art. 183 ust. 2 zd. 2 ustawy, których to wykazanie jest niezbędne, aby Izba mogła uchylić zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zamawiający wykazał niezbędną konieczność zawarcia umowy i realizacji zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielnie zamówienia publicznego wskazując na występowanie zagrożenia dla ludzi i mienia. Zagrożenie to wynikać będzie z braku dokonywania cięć pielęgnacyjnych drzew rosnących w pasach drogowych tuż pod liniami energetycznymi. Zagrożającym dla bezpieczeństwa ludzi jest również brak możliwości usuwania obumarłych konarów drzew znajdujących się nad chodnikami i ulicami. W ocenie Izby bezpieczeństwo każdego człowieka przebywającego na terenie Gminy – przejeżdżającego drogami w pasach których rosną drzewa mogące wymagać interwencji,

czy też przechodzącymi chodnikami nad którymi znajdują się drzewa – niezależnie od tego czy jest to mieszkaniec Gminy, czy też osoba przybyła do Gminy np. w celach zawodowych czy turystycznych (np. oglądać rabaty różane) uzasadnia zawarcie przedmiotowej umowy w interesie publicznym. Brak zawarcia umowy, tym samym brak możliwości realizacji działań mających na celu zagwarantowanie między innymi bezpieczeństwa mieszkańców oraz przyjeżdżający i przejeżdżających przez Gminę osób mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Również konieczność usunięcia drzew, zgodnie z decyzją Starosty Łaskiego, rosnących na działkach będących własnością gminy Łask, a stwarzających zagrożenie dla ludzi i mienia, co argumentował Zamawiający, stanowi o konieczności zawarcia umowy, a tym samym jest działaniem w ochronie interesu publicznego, bowiem służy ochronie lokalnej społeczności jak również osób przybyłych do Gminy. Bezpieczeństwo każdej osoby przebywającej na terenie Gminy jest dobrem nadrzędnym, podlegającym ochronie, a tym samym podejmowania działań mających tą ochronę gwarantować.

Izba uznała za zasadną i wykazującą faktycznie możliwość zaistnienia negatywnych skutków dla interesu publicznego także argumentację odnoszącą się do utrzymania i pielęgnacji zieleni na terenie Gminy. Wskazać należy, że obok zabytkowego parku miejskiego – który dla bezpieczeństwa osób w nim przebywających również wymaga cięć pielęgnacyjnych lub usuwania obumarłych kanarów drzew - na terenie Gminy znajdują się zieleńce, skwery, ogród jordanowski, ogród różany, Pl. 11 Listopada, rabaty różane oraz zieleń w pasach drogowych. Utrzymanie tych terenów wymaga wykonywania odpowiednich zabiegów pielęgnacyjnych, przy czym zabiegi te muszą również dla swojej skuteczności wykonywane być w stosowanych przedziałach czasowych, a to uzależnione jest również od warunków atmosferycznych. Izba dostrzegła w argumentacji Zamawiającego szczególne znaczenie dla interesu publicznego – całego ogółu społeczności lokalnej – znaczenie Palcu 11 Listopada w Łasku (centrum miasta). Wymaga powtórzenia za Zamawiającym, że plac ten po rewitalizacji w 2013 roku zwyciężył w konkursie organizowanym przez Towarzystwo Urbanistów Polskich i Związek Miast Polskich pod patronatem honorowym Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na najlepiej zagospodarowaną przestrzeń publiczną w Polsce. Potrzeba utrzymania takiego miejsca w kondycji pozwalającej społeczności lokalnej cieszyć się tym miejscem jak również identyfikować się z nim stanowi dla scalania społeczności i Zamawiającego niewątpliwie element ważny i priorytetowy w funkcjonowaniu Gminy. Dla zachowania standardów tego placu niezbędne wykonywanie jest szeregu prac, zabiegów pielęgnacyjnych i innych pozwalających na utrzymanie właściwej i godnej kondycji zieleni na placu.

W interesie publicznym, ogółu całej społeczności regionu, jest również dbałość o ogród różany i rabaty różane, których obecnie na terenie miasta jest 12 o łącznej powierzchni 1 824 m², gdzie rośnie 10 404 szt. krzewów róż. Rabaty te powstały dzięki pomocy lokalnych

producentów róż – stanowią wynik współpracy miasta i podmiotów prywatnych. Jednocześnie stanowią wizytówkę organizowanej cyklicznie od 2013 roku imprezy pn.: „Festiwal Róż”. Utrzymanie owych rabat różanych wymaga prac pielęgnacyjnych, które wykonywane muszą być regularnie, w odpowiedniej fazie wzrostu krzewu i których nie można przesunąć czy wykonać skutecznie w innym terminie, ponieważ jeżeli w odpowiednim terminie nie zadba się o kwiaty (nie odkryje się kwiatów po zimie, nie spulchni ziemi, nie zastosuje w odpowiednim czasie nawozów i oprysków na choroby oraz szkodniki, nie podleje itp.) to nie zostanie uzyskany oczekiwany efekt. Brak wykonania wyżej wymienionych czynności może wręcz spowodować nieprzetrwanie kwiatów i ich zniszczenie (rabat rożnach), które są efektem współpracy lokalnych producentów z lokalnymi władzami.

W odniesieniu do powyższego kluczowe znaczenie ma również konieczność podlewania roślin w obrębie wszystkich tego wymagających miejsc, co jest wynikiem braku okrywy śnieżnej i następującej suszy jaka występuje od lat. Niezwarcie umowy, w efekcie brak wykonywania podlewania roślin może doprowadzić do tego, że wiele drzew, krzewów i roślin skazane będzie na obumarciu, co stanowić będzie nieodwracalne szkody w tej roślinności. Zasadna jest argumentacja, że taki stan doprowadzi do poniesienia przez Gminę trudnych do oszacowania strat finansowych jak również uszczerbek w estetyce utrzymywanej roślinności, a tym samym miejsc społecznie ważnych i stanowiących przejaw współpracy i działania mających na celu dobro publiczne, jak ma to miejsce np. w przypadku rabat różanych, z którymi to mieszkańcy Gminy są związani. Brak podpisania umowy może prowadzić również do zamknięcia zabytkowego parku, który w wyniku braku wykonania wskazanych prac mógłby stać się niebezpieczny dla przebywających tam osób.

Izba uznała, że w interesie publicznym, który należy oceniać w kontekście interesu mieszkańców wskazanych wyżej regionów oraz działających na tym terenie przedsiębiorców, producentów róż jak również osób przyjeżdżających czy też jedynie przejeżdżających przez tereny Gminy, przy jednoczesnym poszanowaniu obowiązujących Zamawiającego regulacji prawnych zobowiązujących do utrzymania porządku i bezpieczeństwa osób przebywających na terenie Gminy, zasadnym jest uchylene zakazu zawarcia umowy, z uwagi na stwierdzenie istnienia zagrożenia dla interesu publicznego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że utrzymanie zakazu zawarcia umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: