

WYROK

z dnia 8 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2022 r. **przez odwołującego:** J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. 41-933 Bytom ul. Wł. Łokietka 4 w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów 41-902 Bytom ul. Smolenia 35

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakłada na zamawiającego Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów 41-902 Bytom ul. Smolenia 35 karę finansową w wysokości **47 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści siedem tysięcy złotych zero groszy)
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów 41-902 Bytom ul. Smolenia 35 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (sł.: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego J. W.

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. 41-933 Bytom ul. Wł. Łokietka 4 tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów 41-902 Bytom ul. Smolenia 35 na rzecz odwołującego J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. 41-933 Bytom ul. Wł. Łokietka 4 kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. - Zadanie nr 3, na podstawie art.6a 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; nr 7.DZO.2621.2022.U.

Ze złożonego odwołania wynika.

1. Przedmiotowe odwołanie dotyczy zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym zgodnie z ustawą Pzp pomimo, że Zamawiający był do tego zobowiązany. Odwołujący informację o udzieleniu przez Zamawiającego zamówienia po przeprowadzeniu negocjacji z jednym wykonawcą uzyskał w dniu 11 lutego 2022 r. po otrzymaniu od Zamawiającego w trybie dostępu do informacji publicznej, dokumentów potwierdzających udzielenie zamówienia.
2. Termin na złożenie odwołania upływał w dniu 16 lutego 2022 r.
3. Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazał, że wpis od odwołania w kwocie 7.500,00 zł stosownie do §2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Potwierdzenie przelewu załączono do odwołania.
4. Odwołujący zgodnie z treścią art.514 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał odwołanie do Zamawiającego w dniu 16 lutego 2022 r.
5. Do odwołania złożono wydruk CEIDG potwierdzający uprawnienie do reprezentowania Odwołującego.
6. Numer prowadzonej przez Zamawiającego sprawy: 7.DZO.2621.2022.U.

Odwołanie

Odwołujący składając odwołanie powołał się na art.505 ust. 1, art.513 pkt 3, art.514 ust. 1, art.515 ust. 1 pkt 2a ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.Dz.U.2021 poz. 1129), zwaną w dalszej treści ustawą p.z.p., wnosząc odwołanie od

zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp mimo, że Zamawiający był do tego zobowiązany i udzielenia przez Zamawiającego zamówienia po przeprowadzeniu negocjacji z jednym wykonawcą to jest na podstawie art.6a 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, nr 7.DZO.2621.2022.U.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia w drodze zawarcia umowy bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy p.z.p. pomimo, że Zamawiający był do tego zobowiązany,
- art.6 ust. 1 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 (zwana dalej ustawą o COVID) poprzez jego zastosowanie, pomimo że realizacja zamówienia pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. — Zadanie nr 3, nie jest niezbędna do przeciwdziałania COVID-19 oraz nie zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub potrzeba ochrony zdrowia publicznego.
- art. 6 ust. 2 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 poprzez zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych informacji o udzieleniu zamówienia pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. — Zadanie nr 3,

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- unieważnienie umowy zawartej przez Zamawiającego z Wykonawcą w zakresie w jakim nie została wykonana oraz nałożenie na Zamawiającego na podstawie art.554 ust.3 pkt 2b ustawy Pzp kary finansowej, dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania,
- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Jako okoliczności wskazujące na istnienie interesu Odwołującego we wnoszeniu odwołania podano:

Odwołujący jest jednym z wykonawców biorących udział w przetargu nieograniczonym organizowanym przez Zamawiającego, którego przedmiotem jest udzielenie zamówienia na Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacji zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w okresie od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r. (DNP.260.52.2020.PN.U.). W toku przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył ofertę na realizację zadania nr 3. W związku z nie rozstrzygnięciem postępowania przetargowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający po raz kolejny udziela zamówienia wybranemu przez siebie wykonawcy, co uniemożliwia innym wykonawcom w tym Odwołującemu uzyskanie zamówienia w trybie konkurencyjnym. Tym samym uznać należy, że Odwołujący ma interes w wniesieniu odwołania. Gdyby Zamawiający zastosował przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący świadczący usługi objęte zamówieniem miałby możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołujący wnosząc odwołanie oparł je na następującym stanie faktycznym.

W dniu 22 grudnia 2021 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej przedmiotem, którego jest Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytom w okresie od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r. (DNP.260.52.2020.PN.U.).

Zamówienie zostało podzielone na części - zadania:

nr 1- Rejon I — Szlaki,

nr 2 - Rejon II — Centrum,

nr 3 - Rejon III- Północ,

nr 4 - Rejon IV- Południe.

Łączna kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 50 500 349, 89 zł, z czego na poszczególne zadania Zamawiający zamierza przeznaczyć kwoty:

1. 17 128 851, 25 zł - zadanie nr 1,
2. 11 960 365,35 zł- zadanie nr 2,
3. 12 988 253, 47 zł- zadanie nr 3,

4. 8 422 879,82 zł- zadanie nr 4.

Dowód:

Informacja z otwarcia ofert z dnia 23 czerwca 2021 r.

Do dnia złożenia odwołania Zamawiający nie dokonał wyboru wykonawcy na realizację przedmiotowego zamówienia jakim jest zadanie: Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w przewidywanym okresie to jest od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r. - zadanie nr 3.

Pomimo to Zamawiający w dniu 31 maja 2021 r. opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki na zadanie pn. Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w okresie od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r. (DNP.260.52.2020.PN.U.), we wszystkich czterech rejonach. Jako podstawę do przeprowadzenia postępowania w trybie niekonkurencyjnym (zamówienie z wolnej ręki) wskazał art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zastosowanego trybu podano, że postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego nie zakończyło się z uwagi wniesione przez uczestników przetargu odwołania. Zamawiający wskazał ponadto, że dotychczasowe umowy zawarte na terenach, które wchodzi w skład zadania nr 1,2,3 i 4 zawarte przez Zamawiającego kończą się z dniem 30 kwietnia 2021 r. W celu zapewnienia ciągłości świadczonych usług Zamawiający zdecydował się na zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki na okres 4 miesięcy.

Dowód:

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 31 maja 2021 r., Dz.U./S S103, 271714-2021 - PL

Następnie Zamawiający nie rozstrzygnął w terminie do dnia 31 sierpnia 2021 r. postępowania przetargowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający ponownie udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki na realizację zadania pn. Letnie utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia- Zadanie 3.

Dowód:

1. Zaproszenie do negocjacji wraz z załącznikami,
2. Protokół z negocjacji z dnia 27 sierpnia 2021 r.,
3. Formularz oferty,
4. Umowa z dnia 30 sierpnia 2021 r.,
5. Protokół postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Uzasadniając wybór trybu postępowania Zamawiający ponownie wskazał, że nie udało się rozstrzygnąć postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pomimo, że ogłosił go z wyprzedzeniem.

W dniu 18 października 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok, na mocy którego uwzględniła odwołanie Odwołującego w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp, a także art. 17 ust. 2 Pzp i nałożyła na zamawiającego- Gminę Bytom — Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu kary finansowe w łącznej wysokości 18 000,00 zł.

Dowód: Wyrok KIO z dnia 18 października 2021 r. Sygn. akt KIO 2685/21 i Sygn. akt KIO 2689/21

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art.305 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zastosowanie przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki w sytuacji, w której nie zaistniały przesłanki do stosowania tego trybu udzielenia zamówienia określone w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zapadłego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający działa opieszale na co wskazuje korelacja terminów i dat. W przypadku zadania nr 3KIO wskazało, że jeszcze bardziej jaskrawym przykładem braku sprawnych działań ze strony Zamawiającego jest Zadanie nr 3, gdzie Zamawiający przez okres dwóch miesięcy zajmował się badaniem trzech ofert i nie wykonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Następnie w okresie od 1 października 2021 r. do 18 stycznia 2022 r. Zamawiający zawierał z M. K. aneksy do umowy nr DNP. 261.52.4.2020.PN.U. na mocy których Zamawiający powierzał temu wykonawcy zadania związane z utrzymaniem pasa drogowego oraz konserwacją zielni w pasie drogowym na terenie miasta Bytom w Rejonie 3- północ.

Dowód:

1. Umowa z dnia 1 października 2021 r., DNP.261.52.4.2020.PN.U.
2. Aneks nr 2,
3. Aneks nr 3,
4. Aneks nr 4,
5. Aneks nr 5,
6. Notatka z dnia 28 grudnia 2021 r.

Następnie w dniu 18 stycznia 2022 r. Zamawiający przeprowadził negocjacje z wykonawcą w celu udzielenia zamówienia w trybie negocjacji pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego i

konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 31 stycznia 2022 r.-
zadanie nr 3.

Dowód:

1. Protokół z negocjacji,
2. Protokół z postępowania,
3. Zaproszenie do negocjacji,
4. Umowa z dnia 18 stycznia 2021 r.

Jako podstawę prawną udzielenia zamówienia Zamawiający wskazał §8 ust. 4 pkt 2a Regulaminu udzielania zamówień publicznych wprowadzonego Zarządzeniem nr 4/2021 r. Dyrektora Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Bytomiu z dnia 8 lutego 2021 r. w sprawie ustalenia Regulaminu udzielania zamówień publicznych oraz art. 30 ust. 4 ustawy Pzp „W przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia”.

Z protokołu z dnia 18 stycznia 2022 r. dot. postępowania udzielenia zamówienia publicznego, o wartości w przedziale powyżej 10 000,00 zł netto i poniżej 130 000,00 zł netto, wynika, że łączną szacunkową wartość zamówienia Zamawiający ustalił w dniu 17 stycznia 2022 r. na kwotę 114 417,73 zł netto, a wartość zamówienia objętego niniejszym postępowaniem wynosi 128 390,57 zł netto.

W wyniku przeprowadzonych negocjacji Zamawiający zawarł w dniu 18 stycznia 2022 r. umowę z M. K. na mocy, której powierzył temu wykonawcy wykonanie zadania pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. — zadanie nr 3. Wynagrodzenie wykonawcy zostało określone na kwotę 138 661,82 zł brutto.

Do zawarcia kolejnej umowy z M. K. przez Zamawiającego doszło w dniu 26 stycznia 2022 r. Na mocy ww. umowy Zamawiający powierzył ww. wykonawcy wykonanie zamówienia pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. — zadanie nr 3. Zgodnie z postanowieniami umowy, jej przedmiot ma być wykonywany w okresie od dnia 27 stycznia 2022r. do 28 lutego 2022 r., a kwota wynagrodzenia wykonawcy określona została na **476 183,07 zł brutto**.

Dowód:

1. Umowa z dnia 26 stycznia 2022 r.,
2. Pismo MZDiM Bytom z dnia 11 lutego 2022 r.,
3. Zaproszenie do negocjacji,

Tym razem jako podstawę udzielenia zamówienia, Zamawiający wskazał art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacjami kryzysowymi.

Dowód: Protokół z negocjacji z dnia 26 stycznia 2022 r.

W związku z prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego „Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytom w okresie od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025” rozpatrywane były przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania wnoszone przez wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W dniu 21 października 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Odwołującego w zakresie zarzutu dotyczących wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, zaniechania wezwania wykonawcy DROMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zaniechania udostępnienia odwołującemu pełnego i aktualnego protokołu z postępowania wraz z załącznikami i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w zadaniu nr 3, wezwanie wykonawcy DROMAR do uzupełnienia 'Wykazu doświadczenia w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego okresu zimowego, wezwanie wykonawcy DROMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji części składowych ceny opisanych przez odwołującego w odwołaniu, niezwłoczne przekazanie odwołującemu pełnego i aktualnego protokołu z postępowania wraz z załącznikami, ponowne badanie i ocenę ofert.

Dowód:

1. Wyrok KIO z dnia 21 października 2021 r.

W dniu 18 stycznia 2022 r. w przedmiotowej sprawie ponownie zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, na mocy którego KIO uwzględniło odwołanie Odwołującego w zakresie naruszenia art.8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nakazało zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ujawnienie, nie później niż 7 dni od otrzymania wyroku z uzasadnieniem, wyjaśnień (bez utajnionych

załączników) dotyczących wyliczenia ceny oferty, złożonych przez wykonawcę M. K. zawartych w piśmie z dnia 2 grudnia 2021 r. wraz z uzasadnieniem objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu ww. wyroku Krajowa Izba Odwoławcza, wskazała, że zgodnie z sentencją wyroku ujawnienie winno nastąpić nie później niż 7 dni od otrzymania wyroku z uzasadnieniem, biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę Zamawiającego, tj. przykładowo udostępnianie załącznika nr 1 do JEDZ dopiero dwa miesiące po wyroku izby.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy ustawy prawa zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie i udzielenie w dniu 26 stycznia 2022 r. zamówienia bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych.

II.

Zamawiający udzielił wykonawcy M. K. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą „ZUDI-K DROMAR M. K.” (zwany dalej Wykonawca DROMAR) zamówienia publicznego o łącznej wartości 476183,97 zł brutto, bez zastosowanie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych.

Jako podstawę prawną udzielenia zamówienia publicznego Zamawiający wskazał art.6a 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.

Zgodnie z treścią ww. przepisu do zamówień na usługi lub dostawy niezbędne do przeciwdziałania COVID-19 nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 i 1598), jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego.

Przesłankami zastosowania art.6a ustawy o COVID-19 są:

- 1) niezbędność danego zakupu do przeciwdziałania COVID-19 oraz
- 2) wystąpienie jednej z poniższych okoliczności:
 - a) wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub
 - b) wymaga tego ochrona zdrowia publicznego.

Stosownie natomiast do art. 2 ust. 2 ustawy o covid-19 „przeciwdziałanie COVID-19” to wszelkie czynności związane ze zwalczaniem zakażenia, zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, profilaktyką oraz zwalczaniem skutków, w tym społeczno-gospodarczych, choroby zakaźnej COVID-19 wywołanej wirusem SARS-CoV-2.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że „W świetle powszechnie znanych okoliczności związanych z walką z chorobą wywołaną wirusem SARS-CoV-2, uznać należy, że wyłączenie, o którym mowa w art. 6 ustawy o COVID-19, będzie w szczególności możliwe w zakresie zamówień na zakup sprzętu medycznego, wyrobów medycznych, środków ochrony indywidualnej, czy preparatów do dezynfekcji. Podkreślić jednak należy, że w każdym przypadku konieczne jest ustalenie, że w stanie faktycznym konkretnej sprawy zaistniały omówione wcześniej przesłanki zastosowania przepisu art. 6 ustawy o COVID-19. Art. 6 ustawy o COVID-19 może znaleźć zastosowanie również do zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy sprzętu IT, czy też usługi z zakresu IT. Potrzeby zamawiających w tym zakresie różnią się w zależności od specyfiki wykonywanej działalności. W związku z tym — jak w każdym przypadku - niezbędna jest każdorazowa analiza dokonana przez zamawiającego, polegająca na sprawdzeniu, czy planowane zamówienie na sprzęt IT lub usługę IT wypełnia przesłanki określone w ww. przepisie.(. . .) W opinii Urzędu, art. 6 ustawy o COVID-19 może być zastosowany do zamówień publicznych, których przedmiotem jest wyposażenie stanowiska pracy (np. zakup laptopów, telefonów) do pracy zdalnej, czy też dostosowanie infrastruktury informatycznej zamawiającego w celu wprowadzenia i wykonywania pracy zdalnej. Podkreślić należy, że wyłączenie to nie jest „automatyczne” - w każdym przypadku konieczne jest ustalenie, że w stanie faktycznym konkretnej sprawy zaistniały omówione wcześniej przesłanki zastosowania przepisu art. 6 ustawy o COVID-19.

Dowód: Komunikat w sprawie art. 6 tzw. ustawy o COVID z dnia 24 marca 2020 r.

Ponadto w literaturze przedmiotu wskazuje się, że „Sama specustawa o COVID-19 definiuje pojęcie "przeciwdziałania COVID-19" — rozumie się przez to wszelkie czynności związane ze zwalczaniem zakażenia, zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, profilaktyką oraz zwalczaniem skutków, w tym społeczno-gospodarczych, choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2. Dostawy i usługi powinny zatem służyć celom wyliczonym w art. 2 ust. 2 u.COVID-19. Po stwierdzeniu, że analizowana dostawa towaru lub usługa jest niezbędna do przeciwdziałania COVID-19 konieczne jest zbadanie, czy w analizowanej sprawie zaistniała dalsza przesłanka do zastosowania wyłączenia, o którym mowa w art. 6a u.COVID-19, to znaczy czy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby, lub czy wymaga tego ochrona zdrowia

publicznego. Do zastosowania omawianego przepisu wymagane jest zaistnienie jednej z ww. przesłanek (P. Banasik, „Kiedy Zamawiający zobowiązany jest do zamieszczenia informacji o udzieleniu zamówienia niezbędnego do przeciwdziałania COVID- 19”).

Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowej sprawy, nie sposób uznać, aby usługi objęte zamówieniem pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. — zadanie nr 3, związane były z przeciwdziałaniem COVID-19.

Umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą DROMAR obejmuje świadczenie takich usług jak: Przejazdy jednorazowe w ramach akcji zima, Przejazdy alarmowe, Utrzymanie zimowe ulic, Utrzymanie chodników, przystanków, komunikacji miejskiej, Oczyszczanie chodników w okresie zimowym, Wywóz śniegu, Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie nawierzchni jezdni ulic, Oczyszczanie trawników, pasów przyjezdnych, Opróżnianie koszy.

Opisane powyżej czynności stanowią standardowe usługi świadczone w związku z utrzymaniem czystości i porządku w gminie i w żaden sposób nie są związane z przeciwdziałaniem COVID-19. Jak wynika z przytoczonego powyżej stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień publicznych, zamówieniami związanymi z przeciwdziałaniem COVID-19, są zamówienia na zakup sprzętu medycznego, wyrobów medycznych, środków ochrony indywidualnej, preparatów do dezynfekcji, dostawy sprzętu IT, czy też usługi z zakresu IT.

Nie sposób zatem uznać, aby przedmiot udzielonego zamówienia był niezbędny do przeciwdziałania COVID-19. Podkreślić należy, że w związku z ogłoszeniem stanu epidemii, Zamawiający nie nałożył na wykonawców świadczących usługi w zakresie oczyszczania miasta żadnych dodatkowych wymogów związanych np. z stosowaniem środków dezynfekujących. Czynności objęte zamówieniem nie polegają chociażby np. na dezynfekcji wiat przystankowych czy poręczy publicznych, w przypadku których to czynności można by było wykazać związek z przeciwdziałaniem COVID-19. Usługi świadczone przez Wykonawcę DROMAR obejmują czynności polegające na czyszczeniu powierzchni płaskich tj. ulic i chodników. Nie są to powierzchnie za pośrednictwem których dochodzi do kontaktu między ludzkiego poprzez który rozpowszechnia się COVID-19.

Usługi składające się na przedmiot udzielonego przez Zamawiającego zamówienia polegają w głównej mierze na likwidacji śliskości na drogach oraz chodnikach, a także oczyszczanie trawników. Wskazane powyżej usługi nie są niezbędne do przeciwdziałania COVID-19.

Usługi objęte udzielonym przez Zamawiającego zamówieniem wchodzi w skład organizowanego przez Zamawiającego przetargu pn. Letnie i zimowe utrzymanie czystości i

konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytom w okresie od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r.

Z samej analizy czynności podejmowanych przez Zamawiającego wynika, że usługi objęte udzielonym zamówieniem nie są związane z przeciwdziałaniem COVID-19. Gdyby bowiem tak było, to Zamawiający już w kwietniu 2021 r. udzieliłby zamówienia w oparciu o art. 6a specustawy. Tymczasem Zamawiający zdecydował się na udzielenie zamówienia w oparciu o przedmiotowy przepis dopiero w styczniu 2022 r., czyli w momencie, kiedy wyczerpał inne możliwości przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych pozwalające mu na udzielanie zamówieniu wybranemu przez Zamawiającego wykonawcy, a także po tym jak Krajowa Izba Odwoławcza zakwestionowała możliwość udzielenia przez Zamawiającego zamówień w trybie z wolnej ręki.

Bezsprzecznie uznać należy, że Zamawiający udzielił zamówienia objętego niniejszym odwołaniem tylko i wyłącznie, dlatego na postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego w dalszym ciągu nie zostało rozstrzygnięte. W okolicznościach niniejszej sprawy znamienym jest jednak, że to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za przedłużające się postępowanie przetargowe.

Jak zostało bowiem powyżej wskazane, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 października 2022 r. (Wyrok KIO z dnia 18 października 2021 r. Sygn. akt KIO 2685/21 i Sygn. akt KIO 2689/21) wskazała, że Zamawiający działa opieszale na co wskazuje korelacja terminów i dat. W przypadku zadania nr 3, KIO wskazało, że jeszcze bardziej jaskrawym przykładem braku sprawnych działań ze strony Zamawiającego jest Zadanie nr 3, gdzie Zamawiający przez okres dwóch miesięcy zajmował się badaniem trzech ofert i nie wykonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Także, w wyroku z dnia 18 stycznia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że zamawiający w sposób opieszale udostępnia dokumentację dot. prowadzonego postępowania tj. przykładowo udostępnianie załącznika nr 1 do JEDZ dopiero dwa miesiące po wyroku Izby.

Należy również wziąć pod uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza już dwukrotnie unieważniła dokonany przez Zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej, stwierdzając, że przy ocenie ofert złożonych przez wykonawców, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W analizowanej sprawie nie zachodzi również drugi warunek konieczny do zastosowanie art.6a specustawy tj. wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozpowszechniania się choroby COVID-19 lub konieczność ochrony zdrowia publicznego.

III.

Zamawiający z naruszeniem art.6a ust. 2 specustawy zaniechał umieszczenia w terminie 7 dni od dnia udzielenia zamówienia Wykonawcy DROMAR informacji o udzieleniu zamówienia na podstawie art. 6a specustawy, która powinna obejmować m.in. opis przedmiotu umowy, cenę, a także wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających udzielenie zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp.

Powyższy obowiązek wprost wynika z art.6a ust. 2 specustawy i obliuguje Zamawiającego do zamieszczenia stosownego ogłoszenia co pozwala innym wykonawcą występującym na rynku na powzięcie informacji o udzieleniu przez Zamawiającego zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp oraz przyczynach udzielenia takiego zamówienia.

Odwołujący na podstawie art.554 ust.3 pkt 2b ustawy Pzp wnosi o unieważnienie umowy zawartej przez Zamawiającego z wykonawcą DROMAR w części w jakiej zamówienie nie zostało wykonane oraz nałożenie na Zamawiającego kary finansowej. Przedstawionej powyżej okoliczności obrazują, że Zamawiający pomimo istnienia takiego obowiązku nie zastosował przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przy udzielaniu zamówienia.

Z uwagi na powyższe odwołujący wnosi jak na wstępie odwołania.

Odpowiedź zamawiającego z dnia 3 marca 2022r.

Zamawiający wniósł o:

- 1) umorzenie postępowania, ewentualnie o
- 2) odrzucenie odwołania, ewentualnie o
- 3) oddalenie odwołania w całości,
- 4) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów reprezentacji Zamawiającego przez profesjonalnego pełnomocnika na rozprawie przed KIO, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Uzasadniając wniosek o umorzenie postępowania zamawiający wskazał, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 568 pkt 2 ustawy PZP Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Umowa została w całości wykonana – a co za tym zbędne staje się rozpoznanie odwołania. Zamawiający wskazuje, że fakt wykonania umowy

stanowi nieusuwalną przeszkodę w zakresie rozpoznania środków ochrony prawnej, co wynika wprost z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 r. (sygn. akt. III CZP 73/05): Zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana.

Podobnie w wyroku z dnia 8 grudnia 2016 r., sygn. akt. I CSK 19/16, Sąd Najwyższy wskazał, że po zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r., pogląd przyjmujący, że wykonanie umowy zawartej w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, czyniłoby bezprzedmiotową kontrolę postępowania przetargowego przez sąd okręgowy zachował aktualność.

Stanowisko takie potwierdzone jest w orzecznictwie sądów okręgowych – tytułem przykładu wskazać można niedawne postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 sierpnia 2021r. (sygn. akt. XXIII Zs 70/21): Sąd okręgowy nie mógł merytorycznie rozpoznać skargi, to jest albo ją uwzględnić, zmieniając jednocześnie zaskarżone orzeczenie i wyrokiem orzec co do istoty sprawy albo też oddalić skargę uznając ją za, za całkowicie bezzasadną.

Kwestia powyższa przesądzona została w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 r., sygn. akt III Czp 73/05, zgodnie z którą zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez Sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tej uchwały kontrola prawidłowości postępowania prowadzącego do zawarcia umowy staje się bezprzedmiotowa w razie gdyby zdarzyło się, że umowa została wykonana. Wówczas postępowanie wszczęte skargą podlega umorzeniu. Stanowisko powyższe mimo zmiany przepisów w szczególności zmiany ustawy prawo zamówień publicznych posiada nadal walor aktualności tym bardziej, że treść przepisu art. 588 ust. 3 prawo zamówień publicznych obecnie obowiązującego jest taka sama jak treść przepisu art. 198 f ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych z 2004 r.

Takie stanowisko znajduje również potwierdzenie w komentarzu Pawła Graneckiego do art. 588 opublikowane w Legalisie, wyd. 1, który wskazał, że w razie stwierdzenia wykonania umowy Sąd okręgowy umarza postępowanie skargowe.

Utrwalone stanowisko prezentowane przez sądy powszechne odnośnie postępowania sądowego znajduje odpowiednie zastosowanie w przypadku postępowania odwoławczego – Krajowa Izba Odwoławcza z mocy art. 568 pkt 2 ustawy PZP powinna umorzyć

postępowanie odwoławcze, bowiem wobec wykonania w całości Umowy, postępowanie to stało się zbędne.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania wskazuję, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 528 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Natomiast zgodnie z przepisem art. 6a ust 1 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 (dalej: ustawa o Covid-19) do zamówień na usługi lub dostawy niezbędne do przeciwdziałania COVID-19 nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 i 1598), jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego. Pojęcie „niezbędne do przeciwdziałania” należy rozumieć jak w art. 2 ust 2 ustawy o Covid-19:

Art. 2. 1. Przepisy ustawy stosuje się do zakażeń i choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2, zwanej dalej, "COVID-19".

2. Ilekroć w ustawie jest mowa o "przeciwdziałaniu COVID-19" rozumie się przez to wszelkie czynności związane ze zwalczaniem zakażenia, zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, profilaktyką oraz zwalczaniem skutków, w tym społeczno-gospodarczych, choroby, o której mowa w ust. 1.

Urząd Zamówień Publicznych, po wejściu w życie ustawy z dnia 2 marca 2020r., czyli w okresie obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, opublikował Komunikat w sprawie art. 6 tzw. ustawy o COVID-19 , w którym wskazano m.in.: Zgodnie z treścią art. 6 ustawy o COVID-19, do zamówień, których przedmiotem są towary lub usługi niezbędne do przeciwdziałania COVID-19 (zob. art. 2 ust. 1 ustawy o COVID-19), nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego. Powyższy przepis upoważnia zatem zamawiającego do odstąpienia od stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako: ustawa Pzp, jeżeli zostaną spełnione przesłanki w nim przewidziane.

(...) Decyzja o zastosowaniu wyłączenia, o którym mowa w art. 6 ustawy o COVID-19 powinna być każdorazowo poprzedzona dokonaniem przez zamawiającego analizy konkretnego stanu faktycznego. W pierwszej kolejności należy ustalić, czy towar lub usługa jest niezbędna do przeciwdziałania COVID-19. Analizując pojęcie niezbędności w celu przeciwdziałania COVID - 19, należy odwołać się do dyspozycji art. 2 ust. 2 ustawy o COVID-19, który stanowi, że przez przeciwdziałanie COVID-19 na gruncie ustawy o COVID-19 rozumie się wszelkie czynności związane ze: 1.zwalczaniem zakażenia, 2.zapobieganiem rozprzestrzenianiusię,3.profilaktyką, 4.zwalczaniem skutków choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV2.

O niezbędności zamówień na towary lub usługi, o której mowa w art. 6 ustawy o COVID-19, można zatem mówić w sytuacji, gdy towary lub usługi są niezbędne do realizacji celów wymienionych w przywołanym wyżej art. 2 ust. 2 ustawy o COVID-19. Po stwierdzeniu, że analizowana dostawa towaru lub usługa jest niezbędna do przeciwdziałania COVID-19 konieczne jest zbadanie, czy w analizowanej sprawie zaistniała dalsza przesłanka do zastosowania wyłączenia, o którym mowa w art. 6 ustawy o COVID-19, tj. czy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby, lub czy wymaga tego ochrona zdrowia publicznego. Do zastosowania omawianego przepisu wymagane jest zaistnienie jednej z ww. przesłanek. W niektórych stanach faktycznych obie przesłanki będą występowały łącznie. Ustawa o COVID-19 nie zawiera wskazań, jak należy badać, czy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby, ani jak ocenić, czy zastosowania wyłączenia wymaga ochrona zdrowia publicznego. Zamawiający dokonuje oceny możliwości wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie art. 6 ustawy o COVID-19, po rozważeniu okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy z uwzględnieniem informacji przekazywanych przez organy właściwe w zakresie ochrony zdrowia, w szczególności przez Ministra Zdrowia, Głównego Inspektora Sanitarnego itp. Urząd Zamówień Publicznych wskazał, że wyłączenie, o którym mowa w art. 6 ustawy o COVID-19, będzie w szczególności możliwe w zakresie zamówień na zakup sprzętu medycznego, wyrobów medycznych, środków ochrony indywidualnej, czy preparatów do dezynfekcji. Ponadto w Komunikacie wskazano, że: Artykuł 6 ustawy o COVID-19 może znaleźć zastosowanie również do zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy sprzętu IT, czy też usługi z zakresu IT. (...) W tym zakresie należy zwrócić uwagę, że obecnie, w związku z zaistniałą sytuacją epidemiologiczną w kraju, pracodawcy (w tym podmioty publiczne) na podstawie art. 3 ustawy o COVID-19 polecają swoim pracownikom wykonywanie pracy poza miejscem jej stałego wykonywania (polecenie wykonywania pracy zdalnej). W opinii Urzędu, art. 6 ustawy o COVID-19 może być zastosowany do zamówień publicznych, których

przedmiotem jest wyposażenie stanowiska pracy (np. zakup laptopów, telefonów) do pracy zdalnej, czy też dostosowanie infrastruktury informatycznej zamawiającego w celu wprowadzenia i wykonywania pracy zdalnej. Podkreślić należy, że wyłączenie to nie jest "automatyczne" - w każdym przypadku konieczne jest ustalenie, że w stanie faktycznym konkretnej sprawy zaistniały omówione wcześniej przesłanki zastosowania przepisu art. 6 ustawy o COVID-19. Przywołany Komunikat UZP zachowuje swoją aktualność, z tym zastrzeżeniem, że obecnie podstawą wyłączenia stosowania przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych jest art. 6a ustawy o COVID-19.

Co ważne, UZP wprost wskazał, że nie tylko zakup sprzętu medycznego może być uznany za spełniający warunki o których mowa w ustawie COVID-19, lecz także inne zamówienia mogą być uznane za spełniające wskazane w ustawie warunki. Każdorazowo należy zatem badać, czy dane zamówienie udzielane jest w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, w rozumieniu art. 2 ust 2 ustawy COVID-19, czyli jest związane ze: -zwalczaniem zakażenia, -zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, -profilaktyką, -zwalczaniem skutków, w tym społeczno-gospodarczych. Urząd Zamówień publicznych udzielił także w dniu 25 lipca 2021 r. , odpowiedzi na pytanie: Czy art. 6 ust. 1 ustawy z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, rozprzestrzenianiem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 374) dotyczy również dostaw cyklicznych – w odpowiedzi tej wskazano m.in.: Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 15.04.2021 r., wystąpienie stanu epidemii ma charakter zjawiska ekstraordynaryjnego, a odpowiednie regulacje prawne pozwalają zamawiającym na zapewnienie sprawnego funkcjonowania, przy wystąpieniu wyjątkowych okoliczności. Przepisy szczególne umożliwiają procedowanie w sposób szybki, ograniczając do minimum formalności związane z udzielaniem zamówień (sygn. akt KIO 604/21). Dla zastosowania wyłączenia stosowania ustawy p.z.p. znaczenie ma cel dostaw i usług, a nie ich charakter. Zdaniem KIO celu umowy należy upatrywać w kwestii m.in. zapewnienia ciągłości wykonywania określonych świadczeń, zwłaszcza w czasie występowania stanu epidemii. Jeśli więc u zamawiającego pojawia się konieczność udzielenia zamówienia na dostawy sukcesywne (np. odczynniki do badań laboratoryjnych, związane z wykonywaniem testów), i dostawy te mieszczą się w dyspozycji art. 6a u.COVID-19, to zamawiający jest zwolniony ze stosowania ustawy p.z.p. przy takim zamówieniu. Z uwagi na krótki czas obowiązywania wskazanych przepisów brak jest orzecznictwa lub literatury szerzej omawiającej przesłanki stosowania art. 6 a (lub wcześniej obowiązującego art. 6) ustawy COVID-19. Pojawiły się jednak orzeczenia analizujące w części przepis art. 2 ust 2 ustawy, jednak w odniesieniu do stosowania art. 12, który zawierał szczególne regulacje w zakresie projektowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i rozbiórki

obiektów budowlanych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, zwalniające ze stosowania m.in. przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Niżej przytoczone orzeczenia trzeba zatem analizować z uwzględnieniem stanu faktycznego sprawy, jakiej dotyczyły, oraz uwzględniając przyjęte przez sądy stanowisko, iż regulacja wyłączająca stosowanie powszechnie obowiązujących reguł procesu budowlanego w związku z przeciwdziałaniem COVID-19 powinna być traktowana jako regulacja szczególna, wyjątkowa i doraźna (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 24 czerwca 2021 r., sygn. akt. II SA/Bk 253/21).

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 maja 2021r. (VII SA/Wa 2265/20) wyjaśnia tak: Z kolei definicja zawarta w art. 2 ust. 2 ustawy o zwalczaniu COVID-19 wskazuje, że ilekroć w ustawie jest mowa o "przeciwdziałaniu COVID-19" rozumie się przez to wszelkie czynności związane ze zwalczaniem zakażenia, zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, profilaktyką oraz zwalczaniem skutków, w tym społeczno-gospodarczych, choroby, o której mowa w ust. 1. Nie jest potrzebna głęboka ani wyrafinowana analiza prawna wskazanych przepisów by dojść do wniosku, że zawierają one klasyczne zwroty niedookreślone, w praktyce stanowiące najczęstsze źródło sporów. Przepisy ustawy należy zatem wyklądać z uwzględnieniem funkcjonalnej i celowościowej wykładni, dokonując oceny, czy dane działanie/zamówienie/inwestycja rzeczywiście mieści się w ramach związku z przeciwdziałaniem COVID-19; Sąd w przywołanym wyżej wyroku stwierdził, że w zamyśle ustawodawcy chodziło o tego rodzaju inwestycje, które niemal natychmiast będą w stanie realnie pomagać w zwalczaniu COVID-19, a jednocześnie niedopuszczalne jest powoływanie się na przepisy szczególne wyłącznie w celu obejścia przepisów prawa. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 30 czerwca 2021 r. (sygn. akt II SA/Kr 547/21) stwierdza: Literalna wykładnia definicji przeciwdziałania COVID-19 niewątpliwie naprowadza na bardzo szerokie rozumienie tego pojęcia. Jak należy przypuszczać, takie szerokie sformułowanie było uzasadnione tym, że epidemia - co jest faktem notoryjnym - stanowi zjawisko zmienne, którego przejawy, skala, czas trwania, skutki są trudne do przewidzenia. Wobec tego przeciwdziałanie epidemii wymaga często podejmowania działań doraźnych, nakierowanych na wywołanie skutków widocznych w krótkim okresie czasu, jeśli nie natychmiastowo. Szerokie rozumienie przeciwdziałania COVID-19 jest związane również z tym, że nie zostało ono ograniczone podmiotowo, np. tylko do działań organów władzy publicznej. W literaturze wskazano jednak zasadnie, że: "W silnie zdeterminowanym aksjologicznie i politycznie prawie administracyjnym nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia, aby w procesach rozumowań prawniczych, w tym w wykładni definicji legalnych i posługiwaniu się domniemaniami prawnymi, nie stosować metod służących odczytywaniu ich treści w jak najpełniejszym stopniu, a zwłaszcza poprzestawać

wyłącznie na poziomie wykładni językowej. Interpretator tekstu prawnego nigdy nie powinien rezygnować z postawy refleksyjnej, tym bardziej tylko z tego powodu, że prawodawca zdecydował się wybrać i zastosować - lepiej lub gorzej - określoną technikę legislacyjną" (W. Jakimowicz, O definicjach i domniemaniach prawnych w prawie administracyjnym - studium przypadku, Przegląd Prawa Publicznego, nr 7-8/2020, s. 48). Sąd powyższe stanowisko w pełni podziela i uznaje, że specyfika definicji legalnych nie może prowadzić do odczytywania ich np. niezgodnie z Konstytucją RP, deklarowanym systemem wartości, a także z celem określonej regulacji. I tak też w przypadku analizowanych przepisów, dla rekonstrukcji odnośnej normy prawnej konieczne jest posłużenie się wykładnią systemowo - aksjologiczną, jak i celowościową. Jak wskazano powyżej, epidemia jest zjawiskiem zmiennym, dynamicznym, wymagającym dla ochrony zdrowia i życia ludzi podejmowania działań doraźnych, adekwatnych w danym momencie jej trwania niezbędnych dla skutecznego zwalczania jej przejawów i skutków. Działania takie mogą wiązać się także z koniecznością pilnego wykonania określonych czynności – wydaje się jednak, że konieczność pilnego wykonania może wynikać z faktu nagłego pojawienia się określonej potrzeby, ale również z faktu, iż jakaś znana wcześniej potrzeba, niezbędna dla przeciwdziałania COVID-19, nie została w normalnym trybie zaspokojona. Można zatem przyjąć taką wykładnię art. 2 ust. 2 ustawy COVID-19, zgodnie z którą dopuszczalne jest udzielenie zamówienia na poza ustawą PZP, o ile przedmiot zamówienia służy bezpośrednio, a nie tylko ewentualnie przeciwdziałaniu COVID-19, a więc związany są ściśle z zapewnieniem funkcjonowania obiektów przeznaczonych np. na potrzeby służby zdrowia, takich jak szpital, przychodnia, poczekalnia, punkt szczepień, jak i zakładów produkujących środki lecznicze, higieniczne itp. Uwzględniając okoliczności istniejące w chwili zawierania Umowy, tj. przełomu miesiąca stycznia i lutego 2022r.: 1) gwałtowny przyrost zachorowań na COVID-19 w skali najwyższej od początku marca 2020r., czyli od początku pandemii (nazywany „piątą falą”), 2) długoterminowe prognozy pogody, wskazujące na utrzymywanie się w dłuższym czasie minusowych temperatur oraz prognozowane znaczne opady śniegu, 3) wprowadzony Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 21 stycznia 2022 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 2022r., poz. 149) i wchodzący w życie z dniem 24 stycznia 2022 r. obowiązek wprowadzenia pracy zdalnej w urzędach administracji publicznej lub jednostkach organizacyjnych wykonujących zadania o charakterze publicznym, 4) brak rozstrzygnięcia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na zimowe utrzymanie Miasta Bytom w części 2 i 3, ogłoszonych w grudniu 2020r., a prowadzonych przez tak długi czas m.in. z powodu skarżenia przez wykonawców każdej czynności Zamawiającego, konieczności oczekiwania na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej (również wydłużone, ponieważ KIO w czasie pandemii również pracuje z

dużymi opóźnieniami) oraz braku zgody KIO na zawarcie umowy przed terminem rozstrzygnięcia odwołania, 5) orzeczenia KIO, które uznają udzielanie zamówień z wolnej ręki za działanie wbrew przepisom ustawy, 6) wyczerpanie możliwości powierzenia wykonawcom realizacji zadań w Rejonie 2 i 3 w drodze aneksów do umów, uznać można, że udzielenie zamówienia na zimowe utrzymanie w Rejonie nr 2 i 3 możliwe jest poza ustawą PZP, na podstawie art. 6a ustawy o COVID-19. Przede wszystkim uwzględnić należy fakt, iż w Szpitalu Specjalistycznym nr 1 w Bytomiu zgodnie z decyzją wojewody od 8 listopada 2021r. na Oddziale Obserwacyjno-Zakaźnym i Hepatologii przy al. Legionów 49 działa oddział covidowy. Konieczne jest zatem zapewnienie możliwości swobodnego dojazdu karetami ze szpitala do pacjentów oraz dojazdu pacjentów do szpitala, czy to transportem medycznym czy też transportem własnym. Zapewnienie możliwości sprawnego transportu na oddział covidowy jest absolutnym priorytetem, od szybkości udzielenia pomocy medycznej zależy bowiem życie i zdrowie chorych. Należy zaznaczyć, iż z uwagi na układ drogowy miasta, charakteryzujący się rozbudowaną siecią dróg, ale także położeniem w centrum metropolii, w bezpośrednim sąsiedztwie innych śląskich miast, niezbędne jest utrzymanie zimowej przejezdności na wszystkich ulicach miasta. W ogólnym interesie społecznym leży także zapewnienie odśnieżania dróg i chodników – ich prawidłowy stan pozwala na zminimalizowanie ryzyka wypadków, a mniejsza liczba osób rannych lub poszkodowanych pozwala na odciążenie służby zdrowia, która angażować się może wówczas na leczeniu pacjentów chorych na COVID. Zmniejszenie ilości osób hospitalizowanych z przyczyn innych niż COVID, a także leczonych ambulatoryjnie, bezpośrednio wpływa na zapobieganie rozprzestrzeniania się epidemii. W związku z powyższym zawarcie Umowy na zimowe utrzymanie miasta było możliwe na podstawie art. 6a ust 1 ustawy o COVID-19, bowiem spełnione są przesłanki wskazane w art. 2 ust. 2 ustawy, a należyte utrzymanie dróg i chodników powinno być kwalifikowane jako „przeciwdziałanie Covid19”, w szczególności poprzez zapobieganie rozprzestrzenianiu się choroby oraz zwalczanie jej skutków, w tym społeczno-gospodarczych – zimowe utrzymanie miasta powinno być uznane za pozostające w bezpośrednim, realnym i istotnym związku przyczynowym z tym przeciwdziałaniem. Zamawiający zawarł Umowę bez zastosowania przepisów ustawy PZP, a zatem konieczne jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy PZP. W literaturze (A. Gawrońska-Baran i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021) wskazano: Krajowa Izba Odwoławcza odrzuci odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Należy przez to rozumieć brak zastosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. Kolejną przesłanką odrzucenia odwołania jest art. 528 pkt 2 ustawy PZP, bowiem Odwołujący nie ma interesu we wnoszeniu środka ochrony prawnej. Zgodnie z art. 505 ust 1 środki ochrony prawnej określone przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub

może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 października 2021 r. (KIO 1571/21) jednoznacznie wskazała: Analiza przepisu art. 505 ust. 1 p.z.p. prowadzi do wniosku, że w celu korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawca zobowiązany jest wykazać nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia, ale także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obydwie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Ponadto między szkodą grożącą wykonawcy, a naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu, musi zostać wykazany adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Powyższe wynika z charakteru postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze ma bowiem na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, a nie ochronę interesu publicznego przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania. Przywołując orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości KIO w przywołanym orzeczeniu wskazała: Jak wynikało z ww. orzeczeń, pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszeń prawa przez instytucję zamawiającą dotyczy po pierwsze zamówienia, które jest przedmiotem postępowania w ramach, którego wniesiono odwołanie. Trybunał wskazał także jednoznacznie, że interesu tego można także upatrywać w sytuacji, w której wprowadzie w wyniku środka odwoławczego zamawiający nie będzie w stanie wybrać oferty w obecnym postępowaniu i wnoszący odwołanie zamówienia w tym postępowaniu nie uzyska. Trybunał sprecyzował jednak, że w takiej sytuacji można powołać się na interes w uzyskaniu zamówienia rozumiany jako możliwość uzyskania zamówienia w ramach procedury ponowionej przez zamawiającego. (...) Trybunał wyraźnie bowiem wskazywał, że ten interes wiązać należy z następstwami takiego unieważnienia, to jest szansą na uzyskanie przez odwołującego zamówienia w ramach procedury ponowionej przez zamawiającego. TSUE nigdy nie twierdził także, że można powoływać się na interes w utrzymaniu obecnego stanu faktycznego korzystnego dla strony odwołującej, polegającego na niewykonaniu przedmiotu zamówienia, czy też w uzyskaniu jakiegoś innego, bliżej niesprecyzowanego świadczenia, nieobjętego przedmiotem zamówienia. W przepisie art. 1 ust. 3 dyrektywy odwoławczej, którego implementację do prawa krajowego stanowi art. 505 ustawy NPZp, nie bez powodu jest mowa o interesie w uzyskaniu "danego" zamówienia. Słowo "danego" odnosi się do tego konkretnego zamówienia, a nie do stanu niewykonania zamówienia (utrzymania status quo sprzed wszczęcia postępowania) czy wykonania jakiegokolwiek innego zamówienia. Odwołujący nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania, nadto z całą pewnością interesu takiego nie ma – Umowa została zrealizowana, a ponieważ jej przedmiot dotyczył usług świadczonych w określonym, minionym już czasie, to nie ma możliwości udzielenia tego zamówienia Odwołującemu. Oczywisty jest zatem brak adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy szkodą, o której pisze Odwołujący, a naruszeniami prawa

zarzucanymi w odwołaniu. Stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w literaturze, gdzie wskazano, że podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania będzie podmiot nieposiadający na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego statusu określonego w art. 505 ust. 1 i 2 p.z.p. Mamy więc do czynienia z brakiem legitymacji czynnej wnoszącego odwołanie (A. Gawrońska-Baran i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021). Uzasadnienie wniosku o oddalenie odwołania w całości. Zgodnie z przepisem art. 554 ust 1 pkt 1 Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W literaturze (A. Gawrońska-Baran i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2021) wskazuje się: Przede wszystkim zwrócić należy uwagę na przesłanki uwzględnienia odwołania. Izba uwzględni odwołanie jedynie wówczas, gdy zarzucane przez odwołującego naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Przesłanką uwzględnienia odwołania jest więc wykazanie istotnego wpływu na wynik. A contrario zatem Izba oddali odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które nie ma jednak istotnego wpływu na wynik postępowania. Ocena, czy dane naruszenie wywiera istotny wpływ na wynik postępowania, zawsze jest więc przedmiotem postępowania odwoławczego, a podmiot odwołujący powinien też ten wpływ wykazać. Podobnie stwierdza J. Jerzykowski (w: Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505–590 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2021): Jeżeli odwołanie jest zasadne, czyli podniesione w nim zarzuty znajdują oparcie w zgromadzonym w trakcie postępowania odwoławczego materiale dowodowym, to skład orzekający uwzględnia odwołanie. Żeby jednakże ograniczyć wnoszenie odwołania w sprawach błahych, art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi, iż KIO uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Przepis ten de iure wyznacza dodatkową przesłankę materialnoprawną odwołania – aby odwołanie mogło być uwzględnione, naruszenie przepisów ustawy daną czynnością zamawiającego bądź przez zaniechanie czynności obowiązkowej musiało mieć istotny wpływ lub też mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Regulacja ta kontynuuje rozwiązania przyjęte na gruncie ustawy z 2004 r. Jak wskazywano w uzasadnieniu projektu nowelizacji tej ustawy z 2.12.2009 r.: „Uwzględnieniu podlegać będzie wyłącznie odwołanie, w związku z rozpoznaniem którego stwierdzone zostanie przez Izbę naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zaproponowana redakcja przepisu ma na celu umożliwienie uwzględnienia odwołania także w sytuacji uprawdopodobnienia, że stwierdzone naruszenie może mieć wpływ na wynik

postępowania. Zaproponowane rozwiązanie – funkcjonujące na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych od nowelizacji, która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r. – ogranicza wnoszenie środków ochrony prawnej do przypadków dotyczących naruszeń ustawy mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a tym samym wyklucza kwestionowanie przez wykonawców mało istotnych błędów popełnianych przez zamawiających” (VI kadencja, druk sejmowy nr 2310). (...) Z kolei naruszenia mające miejsce przy badaniu i ocenie ofert, które mają wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, powinny co do zasady być traktowane jako mające istotny wpływ na wynik postępowania. Wykładnia taka, ukształtowana jednolicie w orzecznictwie KIO oraz sądów okręgowych, powinna być również kontynuowana pod rządami aktualnie obowiązującej ustawy. Wedle niej, jak orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 4.03.2013 r. (V Ca 3270/12, LEX nr 1715001): „Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty”. Zgodnie z tym poglądem kluczowe znaczenie dla oceny istotności wpływu na wynik postępowania ma fakt, czy dane działanie lub zaniechanie po stronie zamawiającego doprowadziło lub z dużym prawdopodobieństwem mogłoby doprowadzić do wyboru innej oferty, jako oferty korzystniejszej od tej, którą wybrano. Z tego też względu omawiana przesłanka wymaga przeprowadzenia swego rodzaju testu, czy w przypadku uwzględnienia odwołania nastąpiłby wybór innej oferty. Z tego też powodu nie każda wada oceny ofert będzie skutkowałą uwzględnieniem odwołania. Tak też W. Dzierżanowski (W. Dzierżanowski i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2021): Uwzględnienie odwołania jest konieczne, gdy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia lub innej procedury, w której miały miejsce czynności lub zaniechania zamawiającego będące przedmiotem odwołania. Naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego, które wywiera lub grozi powstaniem jedynie skutku nieistotnego dla wyniku postępowania, nie może być przyczyną uwzględnienia odwołania. Odwołujący w ogóle nie przeprowadził analizy zgłoszonych zarzutów pod kątem możliwości ich wpływu na wynik postępowania, poza stwierdzeniem, że „gdyby Zamawiający zastosował przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, Odwołujący (...) miałby możliwość uzyskania zamówienia” (str. 3 odwołania) oraz wskazanie, że „Odwołujący na podstawie art. 554 ust 3 pkt 2b ustawy Pzp wnosi o unieważnienie umowy (...) w części w jakiej zamówienie nie zostało wykonane oraz nałożenie na Zamawiającego kary finansowej. Przedstawione powyżej okoliczności obrazują, że Zamawiający pomimo istnienia takiego obowiązku nie zastosował przepisów ustawy prawo zamówień publicznych przy udzielaniu zamówienia” (str. 9 odwołania). Umowa była realizowana w dniach 27 stycznia – 28 lutego 2022r. – zarzuty odwołania nie mają zatem żadnego wpływu na treść Umowy, sposób jej realizowania, ani też wynik postępowania, o jakim mowa w art. 554 ust 1 pkt 1 ustawy PZP. Nie dość, że w niniejszej sprawie Izba nie

może stwierdzić naruszenia przepisów ustawy PZP, bowiem przepisy te nie były podstawą zawarcia Umowy, to jeszcze brak jest możliwości stwierdzenia jakiegokolwiek wpływu na „wynik postępowania o udzielenie zamówienia”, czyli w tym przypadku na wybór wykonawcy zaproszonego do negocjacji oraz treść zawartej i wykonanej już w całości Umowy. Zarzut naruszenia art. 2 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 6 ust 1 ustawy o Covid-19. Zwolnienie Zamawiającego z obowiązku stosowania przepisów ustawy PZP w odniesieniu do zamówień udzielanych na podstawie art. 6a ust 1 w zw. z art. 2 ust 2 ustawy o Covid-19 zostało szczegółowo przedstawione przez Zamawiającego w części niniejszego pisma dotyczącej uzasadnienia wniosku o odrzucenie odwołania – w związku z powyższym Zamawiający wskazuje, że zarzut ten jest całkowicie nieuzasadniony. Zarzut naruszenia art. 6 ust 2 ustawy o Covid-19. Po pierwsze – Odwołujący raczej powinien był zarzucić naruszenie art. 6a ust 2 ustawy o Covid-19. Po drugie – Zamawiający opublikował stosowne ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 marca 2022r. (w załączeniu – ogłoszenie nr 2022/BZP 00074196/01 z dnia 2022-03-03). Fakt zawarcia przez Odwołującego umów z Zamawiającym na podstawie art. 6a ust 1 ustawy o Covid-19. Zamawiający wskazuje, że Odwołujący na podstawie art. 6a ust 1 ustawy o Covid-19 zawarł z Zamawiającym następujące umowy: -umowa z dnia 25.01.2022r. nr 6.DZO.2621.U.2022, - umowa z dnia 08.02.2022r. nr 8.DZO.2621.U.2022, -umowa z dnia 22.02.2022r. nr 9.DZO.2621.U.2022, - umowa z dnia 28.02.2022r. nr 10.DZO.2621.U.2022. Fakt wniesienia odwołania oraz sposób jego uzasadnienia w ocenie Zamawiającego powinien podlegać ocenie z uwzględnieniem bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 5 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony; a także bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 41 k.p.c., zgodnie z którym z uprawnienia przewidzianego w przepisach postępowania stronom i uczestnikom postępowania nie wolno czynić użytku niezgodnego z celem, dla którego je ustanowiono (nadużycie prawa procesowego). Odwołujący z jednej bowiem strony zarzuca Zamawiającemu zawarcie Umowy niezgodnie z przepisami prawa, a z drugiej strony sam zawiera umowy na wskazanej podstawie prawnej i wówczas nie zgłasza żadnych wątpliwości w zakresie ich ważności. W świetle wszystkich podniesionych zarzutów i twierdzeń oraz wskazanych okoliczności Odwołanie uznać należy za pozbawione podstaw, a zatem wniosek o umorzenie postępowania względnie o odrzucenie odwołania, oraz zgłaszany z ostrożności wniosek o jego oddalenie, pozostaje konieczny i w pełni uzasadniony.

Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadzając postępowanie dowodowe z dokumentów załączonych do odwołania, jak i z dokumentacji zamawiającego przekazanej do akt sprawy oraz wyjaśnień stron złożonych na rozprawie ustaliła, że potwierdził się następujący stan sprawy opisany w odwołaniu.

Odwołanie zostało złożone w związku z okolicznością, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. - Zadanie nr 3, przywołując jako podstawę prawną art.6a 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; Numer prowadzonej przez Zamawiającego sprawy: 7.DZO.2621.2022.U.

Przy czym jest to postępowanie wpadkowe w związku z prowadzonym i nie rozstrzygniętym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest udzielenie zamówienia na Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacji zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w okresie od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r. (DNP.260.52.2020.PN.U.). W toku przedmiotowego postępowania odwołujący złożył ofertę na realizację zadania nr 3. W związku z nie rozstrzygnięciem postępowania przetargowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający po raz kolejny udziela z wolnej ręki zamówienia wybranemu przez siebie wykonawcy, co uniemożliwia innym wykonawcom w tym odwołującemu uzyskanie zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie pominął tryb konkurencyjny i udzielił zamówienia z wolnej ręki. W ocenie odwołującego, zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym zgodnie z ustawą Pzp.

Należy w tym miejscu również zaznaczyć, że w związku z prowadzonym postępowaniem na zawarcie umowy do 30 kwietnia 2025r, które zostało ogłoszone w grudniu 2020r. (Zamawiający – Gmina Bytom - Miejski Zakład Dróg i Mostów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30.4.2025 – zadanie nr 3*”.Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 grudnia 2020 r., pod nr 2020/S 249-621420), przed Izbą rozstrzygane były sprawy oznaczone następującymi Sygn. akt KIO 2685/21; KIO

2689/21 Sygn. akt: KIO 2832/21, KIO 2840/21, Sygn. akt KIO 3740/21, KIO 3760/21 i dotyczyły zaskarżenia czynności zamawiającego w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty jak i nałożeniem kary finansowej na zamawiającego.

Odwołujący informację o udzieleniu przez zamawiającego zamówienia po przeprowadzeniu negocjacji z jednym wykonawcą uzyskał w dniu 11 lutego 2022 r. to jest po otrzymaniu od zamawiającego w trybie dostępu do informacji publicznej, dokumentów potwierdzających udzielenie zamówienia. Z uwagi na wartość zamówienia termin do wniesienia odwołania wynosił 5 dni (art.515 ust.1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp) i upływał w dniu 16 lutego 2022 roku. Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazał, że wpis od odwołania w kwocie 7.500,00 zł stosownie do § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania został uiszczony i potwierdzenie przelewu załączył do odwołania. Odwołujący zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał odwołanie do Zamawiającego w dniu 16 lutego 2022 r.(załącznik do odwołania - dowód przekazania kopii odwołania zamawiającemu). Do odwołania złożono wydruk CEIDG potwierdzający uprawnienie do reprezentowania odwołującego.

W tym stanie rzeczy, Izba oceniając złożone odwołanie, nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia w myśl art. 528 ustawy Pzp.

Odnosząc się do wniosku zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 3 marca 2022r. – odpowiedź na odwołanie (pismo cytowane powyżej w uzasadnieniu), w którym zamawiający wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego, jako bezprzedmiotowego z uwagi na wykonanie umowy, a co powoduje brak kognicji Izby co do orzekania w sprawie, powołując się na art. 568 pkt2) ustawy Pzp (Izba umarza postępowanie, gdy dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne). Izba nie znajduje podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego jako bezprzedmiotowego z powodu jego zbędności, czy też niedopuszczalności, ponieważ Izba nie orzeka co do unieważnienia umowy, z powodu jej wykonania na dzień rozstrzygnięcia odwołania (upłynął termin umowy wyznaczony do dnia 28 lutego 22r.), uznając w tym zakresie kognicję sądu powszechnego. Natomiast Izba zgodnie z zarzutami odwołania [przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień klasycznych, których wartość jest równa lub przekracza kwotę130 000,00 złotych, przez zamawiających publicznych (art.2 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp) jak i przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są jednostki sektora finansów publicznych (art.4 pkt 1) ustawy Pzp.], jak i żądaniaми orzeka o zasadności nałożenia kary finansowej (art.554 ust.3 pkt 2) lit. c) w zależności od stwierdzenia którejkolwiek przesłanki z art.457 ust.1 w tym przypadku pkt 1 (z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia) w zw. z zarzutem naruszenia

art.2ust.1 pkt 1 w zw z art.4 pkt 1 ustawy Pzp. Reasumując Izba rozstrzyga nie co do unieważnienia umowy, tylko co do zasadności zarzutu udzielenia zamówienia z wolnej ręki to jest wbrew obowiązki stosowania ustawy Pzp przy udzieleniu zamówienia, w związku powołaniem się przez zamawiającego jako podstawy jego udzielenia art.6 a aktualnie art.6a ustawy COVID -19. Tym samym Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego co do umorzenia postępowania odwoławczego z racji, że jego prowadzenie stało się zbędne z innej przyczyny lub niedopuszczalne (art.568 pkt 2)ustawy Pzp).

Drugi formalny wniosek zamawiającego, w związku z jego pismem z dnia 3 marca 22r. (cytowane pismo powyżej w uzasadnieniu), odnosi się do przesłanek odrzucenia odwołania w trybie art.528 w szczególności jego pkt 1) i pkt 2), czyli zamawiający powołuje się na okoliczności nie obowiązania ustawy Pzp czyli stosowania ustawy przy rozstrzygnięciu sprawy oraz, że odwołanie wnioskodawcy jest podmiotowo nieuprawnione.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego co do podstaw odrzucenia odwołania z przesłanki opisanej w art.528 pkt 1 i 2) ustawy Pzp. Procedura przewidziana w art.528ustawy Pzp ma charakter formalny i brana jest pod uwagę przez Izbę z urzędu, co nie oznacza prawa strony do wnioskowania o odrzucenie odwołania. W pierwszym przypadku dotyczy stosowania, bądź nie stosowania ustawy Pzp i tutaj jest rozpatrywana co do zasady w kontekście uregulowań zawartych w samej ustawie Pzp to jest w Oddziale 2 wyłączenia stosowania przepisów ustawy Dział I przepisy ogólne. Natomiast zamawiający przywołuje ustawę z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacjami kryzysowymi (Dz.U. z 2020 poz.374, j.t. Dz.U. z 2021 poz. 2095 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą COVID-19”. W ocenie Izby w tym przypadku to jest co do ustawy COVID-19 odwołanie podlega rozpoznaniu merytorycznemu na rozprawie, ponieważ orzekanie wymaga rozpatrzenia szeregu aspektów faktycznych i prawnych co do ziszczenia się przesłanek pozwalających na odstępnie od reżimu ustawy Pzp w danym postępowaniu zamówieniowym. Z kolei co do podmiotu nieuprawnionego to odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, które prowadzi zamawiający o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30.04.2025r. – zadanie nr 3” (ogłoszenie o zamówieniu z 22 grudnia 2020r w Dz. Urz. UE). Natomiast odwołujący zaskarża procedurę w prowadzonym postępowaniu tzw. wpadkowym (w związku z brakiem rozstrzygnięcia zamówienia do 30.04.2025r.)gdzie zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. - Zadanie nr 3, na podstawie art.6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z

zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywoływanych nimi sytuacji kryzysowych; nr 7.DZO.2621.2022.U. W związku z tym, odwołujący jest podmiotem uprawnionym jako wykonawca, który złożył ofertę na zamówienie do 30 kwietnia 2025r., do złożenia odwołania na procedurę z wolnej ręki na podstawie art.6a ustawy COVID-19. na umowę w tymże przedmiocie na okres od 29 stycznia do 28 lutego 2022roku. W tym stanie rzeczy Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art.528 pkt 1) i pkt 2) ustawy Pzp.

Okoliczności wskazujące na istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a przez to prawa do złożenia odwołania (art.505 ust.1 ustawy Pzp)

Odwołujący jest jednym z wykonawców biorących udział w przetargu nieograniczonym organizowanym przez zamawiającego, którego przedmiotem jest udzielenie zamówienia na Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacji zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w okresie od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r. (DNP.260.52.2020.PN.U. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 grudnia 2020 r., pod nr 2020/S 249-621420). W toku przedmiotowego postępowania odwołujący złożył ofertę na realizację zadania nr 3. W związku z nie rozstrzygnięciem postępowania przetargowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający po raz kolejny, udziela zamówienia wybranemu przez siebie wykonawcy w trybie z wolnej ręki, powołując jako podstawę ustawę COVID-19, co uniemożliwia pozostałym wykonawcom w tym odwołującemu uzyskanie zamówienia w trybie konkurencyjnym na okres do dnia 30.04.2025roku. Tym samym odwołujący powołuje się na interes w uzyskaniu zamówienia, a przez to na prawo wniesienia odwołania, ponieważ stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłanki z ustawy COVID-19 w miejsce stosowania trybu konkurencyjnego pozbawia odwołującego szansy uzyskania zamówienia.

Izba dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału, stwierdza istnienie po stronie Odwołującego prawa do złożenia środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie w myśl art.505 ust.1 w zw. z art. 513 pkt 3 ustawy Pzp to jest z powodu zaniechania przeprowadzenia postępowania na podstawie ustawy Pzp mimo, że zamawiający był do tego zobowiązany.

W dniu 22 grudnia 2020 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii

Europejskiej przedmiotem, którego jest Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytom w okresie od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r. (DNP.260.52.2020.PN.U.). Zamówienie zostało podzielone na części - zadania: nr 1- Rejon I - Szlaki, nr 2 - Rejon II — Centrum, nr 3 - Rejon III- Północ, nr 4 - Rejon IV- Południe.

Łączna kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 50 500 349, 89 zł, z czego na poszczególne zadania Zamawiający zamierza przeznaczyć kwoty:

1. 17 128 851, 25 zł - zadanie nr 1,
2. 11 960 365,35 zł - zadanie nr 2,
3. 12 988 253, 47 zł - zadanie nr 3,
4. 8 422 879,82 zł - zadanie nr 4.

Według Informacji z otwarcia ofert z dnia 23 czerwca 2021 r.

Również potwierdziła się okoliczność, że do dnia złożenia odwołania Zamawiający nie dokonał wyboru wykonawcy na realizację przedmiotowego zamówienia (Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w przewidywanym okresie to jest od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r. - zadanie nr 3).

Zamawiający w dniu 31 maja 2021 r. opublikował pierwsze ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki do końca miesiąca sierpnia 2021r. na zadanie pn. Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w okresie od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r. (DNP.260.52.2020.PN.U.), we wszystkich czterech rejonach. Jako podstawę do przeprowadzenia postępowania w trybie niekonkurencyjnym (zamówienie z wolnej ręki) zamawiający wskazał art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zastosowanego trybu podał, że postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego nie zakończyło się z uwagi wniesione przez uczestników przetargu odwołania. Zamawiający wskazał, że dotychczasowe umowy zawarte na terenach, które wchodzą w skład zadania nr 1,2,3 i 4 zawarte przez Zamawiającego kończą się z dniem 30 kwietnia 2021 r. W celu zapewnienia ciągłości świadczonych usług Zamawiający zdecydował się na zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki na okres 4 miesięcy (Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 31 maja 2021 r., Dz.U./S S103, 271714-2021 – PL)

Również potwierdziła się okoliczność, że Zamawiający nie rozstrzygnął w terminie do dnia 31 sierpnia 2021 r. postępowania przetargowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. W tej sytuacji Zamawiający ponownie udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki na realizację zadania pn. Letnie utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia - Zadanie 3 (Zaproszenie do negocjacji wraz z załącznikami, Protokół z negocjacji z dnia 27 sierpnia 2021 r., Formularz oferty, Umowa z dnia 30 sierpnia 2021 r., Protokół postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki).

Ponownie Zamawiający uzasadniając wybór trybu postępowania (tryb zamówienia z wolnej ręki) podał, że nie udało się rozstrzygnąć postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pomimo, że ogłosił go z wyprzedzeniem.

W tym stanie rzeczy w związku z wniesionym odwołaniem, stanowiącym protest przeciwko poza konkurencyjnym działaniom zamawiającego przy udzielaniu zamówienia, w dniu 18 października 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok, w którym uwzględniła odwołanie odwołującego w zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp, a także art. 17 ust. 2 Pzp i nałożyła na zamawiającego karę finansową w łącznej wysokości 18 000,00 złotych (Wyrok KIO z dnia 18 października 2021 r. o Sygn. akt KIO 2685/21 i Sygn. akt KIO 2689/21).

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art.305 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zastosowanie przez zamawiającego trybu z wolnej ręki w sytuacji, w której nie zaistniały przesłanki do stosowania tego trybu udzielenia zamówienia określone w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zapadłego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w rozpoznawanej sprawie zamawiający działał opieszale na co wskazuje korelacja terminów i dat. W przypadku zadania nr 3 Izba wskazała, że jeszcze bardziej jaskrawym przykładem braku sprawnych działań ze strony zamawiającego jest zadanie nr 3, gdzie zamawiający przez okres dwóch miesięcy zajmował się badaniem trzech ofert i nie wykonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Pomimo rozstrzygnięcia Izby, co do braku podstaw powierzenia zadań w trybie z wolnej ręki, zamawiający w okresie od 1 października 2021 r. do 18 stycznia 2022 r. zawierał kolejne aneksy do umowy nr DNP.261.52.4.2020.PN.U., na mocy których powierzał wykonawcy zadania związane z utrzymaniem pasa drogowego oraz konserwacją zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytom w rejonie 3 - Północ(Umowa z dnia 1 października 2021 r. DNP.261.52.4.2020.PN.U., aneks nr 2, aneks nr 3, aneks nr 4, aneks nr 5, notatka z dnia 28 grudnia 2021 r.).

Do zawarcia kolejnej umowy zamawiającego z wykonawcą doszło w dniu 26 stycznia 2022 r. na mocy której wykonawcy powierzono zadanie pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. — zadanie nr 3. Zgodnie z postanowieniami tej umowy, jej przedmiot ma być wykonywany w okresie od dnia 27 stycznia 2022r. do 28 lutego 2022 r.,(umowa z dnia 26 stycznia 2022 r., pismo MZDiM Bytom z dnia 11 lutego 2022 r., zaproszenie do negocjacji).

W związku z powyższymi ustaleniami Izby co do przebiegu udzielania zamówień z wolnej ręki na podstawie art.6a ustawy COVID -19 w postępowaniu pn. Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w okresie od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r. (DNP.260.52.2020.PN.U.) Izba zważyła jak poniżej.

Zamawiający odstępując od prowadzonej procedury udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przewidzianego na okres od dnia zawarcia umowy do dnia 30 kwietnia 2025 roku, udzielając zamówień krótkookresowych z wolnej ręki to jest do czasu rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, powołał się na art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacjami kryzysowymi (Dz.U. z 2020 poz.374, j.t. Dz.U. z 2021 poz. 2095 z późn. zm.).

Zgodnie z treścią art.6a do zamówień na usługi lub dostawy niezbędne do przeciwdziałania COVID-19 nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r. poz. 1129 i 1598), jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego.

Słusznie odwołujący wyartykułował przesłanki zastosowania 6a ustawy o COVID-19 następująco:

1. niezbędność danego zakupu do przeciwdziałania COVID-9
oraz
2. wystąpienie jednej z poniższych okoliczności:
 - a) wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby
lub
 - b) wymaga tego ochrona zdrowia publicznego.

Z kolei rozumienie pojęcia „przeciwdziałanie COVID-9” definiuje art. 2 ust. 2 te same ustawy następująco „przeciwdziałanie COVID-19” to wszelkie czynności związane ze zwalczaniem zakażenia, zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, profilaktyką oraz zwalczaniem skutków, w tym społeczno-gospodarczych, choroby zakaźnej COVID-19 wywołanej wirusem SARS-CoV-2”.

Odwołujący powołał się na interpretację Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wskazując, że „W świetle powszechnie znanych okoliczności związanych z walką z chorobą wywołaną wirusem SARS-CoV-2, uznać należy, że wyłączenie, o którym mowa w art. 6 ustawy o COVID-19, będzie w szczególności możliwe w zakresie zamówień na zakup sprzętu medycznego, wyrobów medycznych, środków ochrony indywidualnej, czy preparatów do dezynfekcji. Podkreślić jednak należy, że w każdym przypadku konieczne jest ustalenie, że w stanie faktycznym konkretnej sprawy zaistniały omówione wcześniej przesłanki zastosowania przepisu art. 6 ustawy o COVID-19. Art. 6 ustawy o COVID-19 może znaleźć zastosowanie również do zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy sprzętu IT, czy też usługi z zakresu IT. Potrzeby zamawiających w tym zakresie różnią się w zależności od specyfiki wykonywanej działalności. W związku z tym — jak w każdym przypadku - niezbędna jest każdorazowa analiza dokonana przez zamawiającego, polegająca na sprawdzeniu, czy planowane zamówienie na sprzęt IT lub usługę IT wypełnia przesłanki określone w ww. przepisie.(. . .) W opinii Urzędu, art. 6 ustawy o COVID-19 może być zastosowany do zamówień publicznych, których przedmiotem jest wyposażenie stanowiska pracy (np. zakup laptopów, telefonów) do pracy zdalnej, czy też dostosowanie infrastruktury informatycznej zamawiającego w celu wprowadzenia i wykonywania pracy zdalnej. Podkreślić należy, że wyłączenie to nie jest „automatyczne” - w każdym przypadku konieczne jest ustalenie, że w stanie faktycznym konkretnej sprawy zaistniały omówione wcześniej przesłanki zastosowania przepisu art. 6 ustawy o COVID-19 (Komunikat w sprawie art. 6 tzw. ustawy o COVID z dnia 24 marca 2020 r.).

W ocenie Izby, z opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, należy przede wszystkim wywieść, że ustawa nie reguluje jakiego rodzaju dostawy są objęte zwolnieniem z ustawy Pzp, ponieważ może to być zarówno „zakup sprzętu medycznego, wyrobów medycznych, środków ochrony indywidualnej, czy preparatów do dezynfekcji”, jak i „zakup laptopów, telefonów do pracy zdalnej, czy też dostosowanie infrastruktury informatycznej zamawiającego w celu wprowadzenia i wykonywania pracy zdalnej”, ale o wyłączeniu decyduje spełnienie przesłanek wymienionych w art.6 a ustawy COVID-19 czyli też „do zamówień na usługi lub dostawy niezbędne do przeciwdziałania COVID-19”. W związku z tym o zwolnieniu spod działania ustawy Pzp decyduje każdorazowa ocena pod względem, czy przedmiot dostawy, usługi będzie zapobiegał COVID-19 (jego niezbędność do

przeciwdziałania). Niemniej dokonując każdorazowej oceny sytuacji należy mieć na uwadze bezpośredni związek przedmiotu dostawy, czy rodzaju usługi z jego przeznaczeniem w konkretnej sytuacji zapobiegania, zagrożenia czy też likwidacji skutków COVID-19. Zaistniały problem należy ocenić w kontekście przedmiotu zamówienia czyli utrzymania czystości ulic i konserwacji terenów zielonych przy ulicach (zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia).

Izba dokonując oceny przedmiotu sporu nie stwierdza aby przedmiot zamówienia jakim jest czystość ulic i konserwacja zieleni przyulicznej miały wpływ akurat na zapobieganie, zwalczanie, likwidowanie zagrożenia, czy też likwidacji skutków COVID-19. Parafrazując, idąc za tokiem rozumowania zamawiającego, to wszelka aktywność zamówień publicznych ma pośredni wpływ na unikanie wszelkiego rodzaju epidemii, ale takie rozumowanie w ocenie Izby stanowiłoby naruszenie dyspozycji art.6a ustawy COVID-19 o niestosowaniu ustawy Pzp. Bowiem ogólność sformułowań w ustawie COVID-19 nie upoważnia potencjalnych adresatów do nadużycia czy też do obejścia prawa, ponieważ należy mieć na względzie cel jakemu dane prawo ma służyć, w tym wypadku zapobieganiu, przeciwdziałaniu i zwalczaniu skutków epidemii COVID-19 oraz niezbędność tych dostaw czy też usług. Powszechnym obowiązkiem podmiotów dysponujących środkami publicznymi jest ich dysponowanie w reżimie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców czyli powszechnej dostępności do zamówień.

Odwołujący powołał się także na doktrynę cytując „Sama specustawa o COVID-19 definiuje pojęcie "przeciwdziałania COVID-19" — rozumie się przez to wszelkie czynności związane ze zwalczaniem zakażenia, zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, profilaktyką oraz zwalczaniem skutków, w tym społeczno-gospodarczych, choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2. Dostawy i usługi powinny zatem służyć celom wyliczonym w art. 2 ust. 2 ustawy COVID-19. Po stwierdzeniu, że analizowana dostawa towaru lub usługa jest niezbędna do przeciwdziałania COVID-19 konieczne jest zbadanie, czy w analizowanej sprawie zaistniała dalsza przesłanka do zastosowania wyłączenia, o którym mowa w art. 6a ustawy COVID-19, to znaczy czy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby, lub czy wymaga tego ochrona zdrowia publicznego. Do zastosowania omawianego przepisu wymagane jest zaistnienie jednej z ww. przesłanek (P. Banasik, „Kiedy Zamawiający zobowiązany jest do zamieszczenia informacji o udzieleniu zamówienia niezbędnego do przeciwdziałania COVID- 19”).

W ocenie Izby z powyżej cytowanej doktryny należy wywieść formułę związku przyczynowo – skutkowego, czy istnieje zagrożenie lub występuje epidemia w danym miejscu i czasie, więc mam obowiązek podejmowania niezbędnych i natychmiastowych czynności w postaci

stosownych zakupów, czy usług które zapobiegają, przeciwdziałają lub usuwają skutki zagrożenia COVID-19, z pominięciem systemu zamówień publicznych

W powyższym kontekście, słusznie odwołujący stwierdza w odwołaniu „Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowej sprawy, nie sposób uznać, aby usługi objęte zamówieniem pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. — zadanie nr 3, związane były z niezbędnym przeciwdziałaniem COVID-19. Umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą obejmuje świadczenie takich usług jak: Przejazdy jednorazowe w ramach akcji zima, Przejazdy alarmowe, Utrzymanie zimowe ulic, Utrzymanie chodników, przystanków komunikacji miejskiej, Oczyszczanie chodników w okresie zimowym, Wywóz śniegu, Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie nawierzchni jezdni ulic, Oczyszczanie trawników, pasów przejezdnych, Opróżnianie koszy”.

Reasumując nie są to niezbędne usługi do przeciwdziałania COVID-19. Są to usługi, które wykonywane być muszą, bez względu, czy mamy do czynienia ze stanem epidemii, czy też. Obowiązkiem zamawiającego jest utrzymanie dróg i chodników w takim stanie, by możliwe było bezproblemowe korzystanie z tej infrastruktury, zwłaszcza w okresie zimowym. Zamawiający jest do tego zobowiązany w każdym roku, na tożsamy sposób, bez względu również, czy w obrębie utrzymywanej struktury zlokalizowane są obiekty wrażliwe, np. szkoły czy szpitale. Wystąpienie czynnika dodatkowego, jakim jest stan epidemii, ani nie zwalnia zamawiającego z powyższych obowiązków, ani nie wprowadza dla zamawiającego dodatkowych standardów wykonywania usług. Zadania, które nakładają na zamawiającego przepisy innych ustaw w przypadku przedmiotu zamówienia mają stały charakter.

Tak więc należy mieć również na uwadze, że usługi objęte przedmiotowym zamówieniem dotyczą Letniego i zimowego utrzymania czystości ulic i konserwacji zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w okresie od dnia zawarcia umowy do 30 kwietnia 2025 r. (kilkuletni czas trwania usługi, a nie krótki tylko na czas przeciwdziałania czy też zwalczania skutków COVID-19).

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia w drodze zawarcia umowy bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy p.z.p. pomimo, że Zamawiający był do tego zobowiązany,
- art. 6 ust. 1 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 (zwana dalej ustawą o COVID) poprzez jego

zastosowanie, pomimo że realizacja zamówienia pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. — Zadanie nr 3, nie jest niezbędna do przeciwdziałania COVID-19 oraz nie zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub potrzeba ochrony zdrowia publicznego.

- art. 6 ust. 2 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 poprzez zaniechanie zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych informacji o udzieleniu zamówienia pn. Zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 28 lutego 2022 r. — Zadanie nr 3,

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- unieważnienie umowy zawartej przez Zamawiającego z Wykonawcą w zakresie w jakim nie została wykonana oraz nałożenie na Zamawiającego na podstawie art.554 ust.3 pkt 2b ustawy Pzp kary finansowej,
- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący na podstawie art.554 ust.3 pkt 2 b ustawy Pzp wniósł o unieważnienie umowy zawartej przez Zamawiającego z wykonawcą DROMAR w części w jakiej zamówienie nie zostało wykonane oraz nałożenie na Zamawiającego kary finansowej.

Izba na podstawie dokonanych powyżej ustaleń co do stanu faktycznego przedmiotowego zamówienia oraz oceny stanu prawnego wynikającego z ustawy COVID-19 nie stwierdza przesłanek warunkujących zastosowanie do przedmiotowych usług wyłączenia ich (utrzymanie czystości ulic i utrzymanie pasa zieleni przyulicznej) spod działania ustawy Pzp uznając, że usługi te nie mają charakteru niezbędnego do zapobiegania, przeciwdziałania i zwalczania COVID-19.

Izba przywołuje Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2021r. o Sygn. akt S.O. w W-wie XXIII Zs 65/21 do KIO 604/21... „Zgodnie z art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi do zamówień na usługi, dostawy lub roboty budowlane udzielanych w związku z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, nie stosuje się

przepisów o zamówieniach publicznych. Omawiany przepis został dodany ustawą 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. poz. 374) i wszedł w życie 8 marca 2020 r. Prawidłowa wykładnia normy prawnej zawartej w przepisie art. 46c ust. 1 cyt. ustawy powinna uwzględnić fakt, że ma ona charakter wyjątku od reguły ustanowionej w art. 4 p.z.p, na mocy której jednostki sektora finansów publicznych, a więc i zamawiający, są zobowiązane do stosowania przepisów p.z.p. Skoro omawiana norma ma charakter szczególny wobec zasad ogólnych, należy interpretować ją ściśle, zgodnie z paremią *exceptiones non sunt extendendae*.(...)

„Sąd Okręgowy podziela wyrażony w doktrynie pogląd, przywołany przez skarżącego, że warunkiem pominięcia p.z.p. na podstawie art. 46c cyt. ustawy jest okoliczność, że wspomniane usługi, dostawy i roboty budowlane przeznaczone są do zadań publicznych związanych z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii, a ponadto, że z wyłączenia przewidzianego w art. 46c korzystać mogą wyłącznie te usługi, dostawy i roboty budowlane, które pozostają w bezpośrednim związku z zadaniami publicznymi związanymi z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii. Bezpośredni związek polega zaś na tym, że dana usługa, dostawa, czy dane roboty budowlane będą wykorzystane w czynnościach przeciwdziałających epidemii – taki związek będzie istniał np. w przypadku zamówienia odzieży ochronnej dla personelu medycznego zajmującego się chorymi, respiratorów, płynu dezynfekującego dla personelu medycznego i pracowników instytucji publicznych, maseczek i przyłbic ochronnych, czy remontu oddziału zakaźnego”.

Bezpośrednie odniesienie do przedmiotowej sprawy ma następujący cytat powyższego uzasadnienia Sadu Okręgowego w Warszawie.

„Wątpliwe byłoby natomiast zamawianie z pominięciem p.z.p. usług, dostaw i robót związanych jedynie pośrednio z zapobieganiem lub zwalczaniem epidemii, np. sprzętu komputerowego wykorzystywanego do pracy przez pracowników ministerstwa zdrowia; biurek, szaf, foteli i innych mebli biurowych na potrzeby personelu medycznego (patrz J. Roszkiewicz [w:] L. Bosek [red.] *Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, 2021, Legalis).W tym kontekście jako racjonalny jawi się argument skarżącego, że o braku związku zamówienia będącego przedmiotem umowy Nr 233/2021 świadczy okoliczność, że usługi te miały charakter rutynowy, niezależny od wystąpienia stanu epidemii. Nie ulega wątpliwości, że potrzeba świadczenia usług utrzymania czystości w szpitalu i pozostałych wyspecyfikowanych w umowie jest immanentnie związana z prawidłowym funkcjonowaniem placówki zdrowotnej i

wykonywaniem przez nią działalności leczniczej. Jako taka zaś - jak słusznie stwierdziła KIO - nie mogła powstać więc w związku z pojawieniem się epidemii, albowiem istniała przez cały okres działania szpitala. Fakt, że w niniejszej sprawie usługi te zostały zlecone w okresie obowiązywania stanu epidemii, nie zmienia ich charakteru i celu. W ocenie Sądu Okręgowego świadczy to niezbicie o tym, że przedmiotowe zamówienie nie zostało udzielone przez zamawiającego w związku z zapobieganiem i zwalczaniem epidemii (postępowanie przetargowe zostałyby bowiem przeprowadzone i w normalnych okolicznościach), a co za tym idzie, nie spełniało przesłanek z art. 46c ust. 1 cyt. Ustawy”.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku.

Izba uwzględniając odwołanie w całości stwierdza, że naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów w tym bezpodstawne zastosowanie art. 6a ustawy COVID-19 z pominięciem ustawy Pzp co do konkurencyjnego postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych, miało istotny wpływ na wynik postępowania, w wyniku którego zawarto umowę z dnia 26 stycznia 2022r. na okres od 27 stycznia do 28 lutego 2022 roku, a przez co ziszcza się przesłanka z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Izba nie orzekła o unieważnieniu umowy, ponieważ w dniu orzekania to jest 8 marca 2022r. umowa została wykonana.

Orzeczona kara finansowa nałożona na zamawiającego została wyznaczona na poziomie do 10 % wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, w myśl art. 563 ustawy Pzp. Zgodnie z postanowieniami umowy, jej przedmiot ma być wykonywany w okresie od dnia 27 stycznia 2022r. do 28 lutego 2022 r., a kwota wynagrodzenia wykonawcy określona została na **476 183,07 zł brutto**.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art. 557 i art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. zm.) zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 7.500,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz koszty w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 złotych.

Przewodniczący:

.....

.....