

POSTANOWIENIE
z dnia 28 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 28 stycznia 2019 r. wniosku z dnia 24 stycznia 2019 r. (wpływ) o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zamawiającego: Gminę Borowa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Borowa, znak sprawy: RGO271.7.2018* w stosunku do **wykonawcy wybranego: Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Połańcu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu**

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy

do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Borowa - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Borowa, znak sprawy: RGO271.7.2018*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 grudnia 2018 r. za numerem 664394-N-2018. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 24 stycznia 2019 r. (faxem) Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z wniesieniem w dniu 23 stycznia 2019 r. odwołania przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (pełnomocnik), Gminny Zakład Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie, Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (dalej „Odwołujący”), wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W uzasadnieniu niniejszego wniosku, Zamawiający podkreślił, że brak możliwości zawarcia umowy i dalsze wydłużenie okresu braku odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Borowa powoduje rzeczywiste zagrożenie dla interesu publicznego i niebezpieczeństwo epidemiologiczne z zagrożeniem dla życia i zdrowia mieszkańców Gminy Borowa. Wyjątkowa sytuacja ma w ocenie Zamawiającego charakter nadzwyczajny i wymaga wnioskowania o zastosowanie wyjątkowej instytucji jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy — dla zapewnienia bezpieczeństwa i zdrowia mieszkańcom gminy. Ostatnia zbiórka odpadów komunalnych, zgodnie z harmonogramem ustalonym na podstawie poprzednio obowiązującej umowy, miała miejsce w grudniu 2018 roku. Została wówczas przeprowadzona zbiórka zarówno odpadów zmieszanych (w dniach od 10 do 13 grudnia) jak i selektywnych (w dniach 14, 17 i 18 grudnia). Od tego momentu mieszkańcy gminy Borowa gromadzą odpady na terenie swoich posesji. Jest to sytuacja dla Gminy Borowa wyjątkowa i niosąca ze sobą duże zagrożenie dla mieszkańców. Zamawiający ma świadomość różnego rodzaju uciążliwości, które związane są z nagromadzeniem tak dużej ilości odpadów, w tym przykry zapach unoszący się z powietrza. Do tego dochodzą problemy za składowaniem takiej ilości odpadów czy zwiększona liczba gryzoni, które gromadzą się w ich pobliżu, są to jednak te łagodniejsze konsekwencje zaistniałej sytuacji. Znacznie poważniejsze skutki mogą być związane z zagrożeniem sanitarnym, a nawet zagrożeniem epidemiologicznym, które może wystąpić na terenie Gminy Borowa. Trudna sytuacja w jakiej obecnie znalazła się Gmina Borowa ma bezpośrednie przełożenie na zdrowie i życie mieszkańców. Zaistniała wyjątkowa sytuacja nie wyniknęła z winy Gminy Borowa jako Zamawiającego lecz z okoliczności od niej niezależnych, których nie dało się przewidzieć wcześniej.

W dniu 9 listopada 2018 r. Gmina Borowa ogłosiła pierwszy przetarg na zadanie: „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Borowa”. W terminie wyznaczonym na składanie ofert, na realizację ww. zadania wypłynęła jedna oferta złożona przez konsorcjum firm: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Wolności 44, 39-300 Mielec — Lider, Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych

w Ostrowie, 39-103 Ostrów 225 — Partner, Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych Sp. z o.o., ul. Wolności 171, 39-300 Mielec — Partner, Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., 39-103 Ostrów 225 — Partner. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Kwota wynosiła 677 484,00 zł. Konsorcjum zobowiązało się zrealizować zadanie będące przedmiotem przetargu za kwotę 822 636,00 zł. Z uwagi na fakt, że kwota oferty znacznie przewyższała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zadania, Zamawiający na podst. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy unieważnił przedmiotowe postępowanie w dniu 27 listopada 2018 r.

Drugi przetarg na realizację powyższego zadania Zamawiający ogłosił w dniu 6 grudnia 2018 r. Podobnie jak w pierwszym postępowaniu, w terminie wyznaczonym na składanie ofert, ofertę na realizację zadania złożyło konsorcjum firm z Liderem - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Druga oferta została złożona przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu Sp. z o.o., ul. Krakowska 11, 28-230 Połaniec. Zamawiający na realizację zadania zamierzał przeznaczyć taką samą kwotę jak w przypadku pierwszego postępowania. Konsorcjum firm zobowiązało się zrealizować zadanie za kwotę 840 132,00 zł, natomiast Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu Sp. z o.o. zaoferowało kwotę w wysokości 782 636,00 zł. Podobnie jak w przypadku pierwszego postępowania, z uwagi na fakt, że kwota oferty znacznie przewyższała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zadania, Zamawiający na podst. art. 93 ust. 1 pkt 4 unieważnił przedmiotowe postępowanie w dniu 24 grudnia 2018 r.

Zamawiający ogłosił trzeci przetarg na realizację ww. zadania w dniu 27 grudnia 2018 r. W terminie wyznaczony na składanie oferty, wpłynęły dwie oferty złożone przez konsorcjum firm z Liderem - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu Sp. z o.o. Zamawiający na realizację zadania zamierzał przeznaczyć taką samą kwotę jak w przypadku pierwszego postępowania. Konsorcjum firm zobowiązało się zrealizować zadanie za kwotę 839 160,00 zł, natomiast Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu Sp. z o.o. zaoferowało kwotę w wysokości 782 636,00 zł. Po dokonaniu analizy złożonych ofert, wezwaniu Wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, do uzupełnienia dokumentów wynikających z treści SIWZ, Zamawiający w dniu 18 stycznia 2018 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Połańcu Sp. z o.o. Na powyższe rozstrzygnięcie, w dniu 23 stycznia 2018 r. Konsorcjum firm z Liderem Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. wniosła odwołanie.

Zamawiający posiadał umowę na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Borowa ważną do dnia 31.12.2018 r. Mając świadomość, że postępowanie przetargowe może nie wyłonić Wykonawcy już w pierwszym przetargu, Zamawiający w odpowiednim czasie, tj. w dniu 09.11.2018 r. ogłosił pierwsze postępowanie przetargowe na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z tereny gminy Borowa. Kwoty zaoferowane przez Wykonawców zarówno w pierwszym jak i w drugim przetargu znacznie przewyższały kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zadania. Zamawiający nie miał odpowiednich środków finansowych na realizację zadania, konieczne było więc unieważnienie postępowań. Trzecie postępowanie, które wyłoniło Wykonawcę, również nie przyniosło oczekiwanego rezultatu w postaci rozpoczęcia wywozu odpadów. Złożone przez konsorcjum firm z Liderem - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. odwołanie uniemożliwia Zamawiającemu zawarcie umowy z wybranym Wykonawcą tym samym rozpoczęcia przez Wykonawcę odbierania odpadów komunalnych od mieszkańców gminy Borowa.

Zamawiający podniósł również, iż argumentacja odwołującego się podniesiona w odwołaniu jest całkowicie chybiona i przedstawił uzasadnienie swojego stanowiska.

Izba ustaliła, że odwołanie, którego dotyczy wniosek, wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2019 r.

W dniu 25 stycznia 2019 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej uzupełnienie wniosku Zamawiającego o stanowisko Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Mielcu odnośnie wywozu odpadów z terenu Gminy Borowa.

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

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

Dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej, konieczne jest wykazanie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu

publicznego, w stopniu przewyższającym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się do treści wniosku, Izba nie przychyliła się do przedstawionej argumentacji uznając, że nie jest ona przekonująca i konkretna, a także nie potwierdza, że okres potrzebny na rozpatrzenie odwołania będzie miał bezpośredni wpływ na okoliczności przywołane przez Zamawiającego. Postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych są zamówieniami powtarzalnymi. Zamawiający miał zatem świadomość konieczności przeprowadzenia postępowania na ww. usługi znacznie wcześniej niż 9 listopada 2018 r. kiedy to został ogłoszony pierwszy przetarg. Zamawiający posiadał wiedzę, że dotychczasowa umowa została zawarta do dnia 31 grudnia 2018 r., nie jest to sytuacja która pojawiła się nagle. Argumentacja przedstawiona we wniosku potwierdza jedynie, że Zamawiający nie dołożył należytej staranności i nie ogłosił postępowania w terminie uwzględniającym ewentualne jego unieważnienie, czy możliwość wniesienia odwołania. Zamawiający wskazał, że dwa poprzednie postępowania zostały unieważnione, gdyż ceny ofert przekraczały środki przeznaczone na realizację zamówienia. Zamawiający nie przywołuje okoliczności, dlaczego wcześniej nie był w stanie zwiększyć kwoty na zamówienie, którego realizacja, jak sam wskazuje, jest niezbędna z uwagi na mogące powstać zagrożenie dla mieszkańców. Co również istotne, Zamawiający nie wyjaśnia we wniosku, dlaczego dopiero w wyniku trzeciego, przedmiotowego postępowania zdecydował się na zwiększenie kwoty przeznaczonej na wykonanie zamówienia, pomimo że w każdym z ogłoszonych postępowań ceny złożonych ofert przedstawiały się na podobnym poziomie. Ponadto, Zamawiający powołuje się na zaistnienie sytuacji wyjątkowej - zagrożenia sanitarnego i epidemiologicznego, które może powstać, nie przedstawiając skali problemu, ani dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie można stwierdzić prymatu interesu publicznego nad innymi interesami, w tym – interesem wykonawcy, który wniósł odwołanie. Realizacja zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, niewątpliwie leży w szeroko pojętym interesie publicznym – ale sam ten fakt nie może przesądzać o uchyleniu zakazu zawarcia umowy. Zamawiający musi wskazać konkretne, obiektywne okoliczności przemawiające za uchyleniem zakazu, a nie relatywnie mogące powstać. Pismo Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego, na które powołuje się Zamawiający potwierdza jedynie, że sytuacja opisana we wniosku powstała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, którą można było wcześniej przewidzieć. Ponadto w piśmie stwierdzono, że na terenie Gminy Borowa nie odnotowano zakażeń i zachorowań na choroby, które mogłyby być spowodowane zaleganiem odpadów komunalnych.

Tym samym, uznać należało że Zamawiający nie wykazał w złożonym wniosku obiektywnych okoliczności, wynikających z przepisów prawa i podjętych przez niego

czynności, których nie można było dokonać wcześniej, i które uzasadniają konieczność niezwłocznego udzielenia przedmiotowego zamówienia. Ogłaszając postępowanie Zamawiający powinien mieć na względzie możliwość wpłynięcia środka ochrony prawnej czy brać pod uwagę konieczność unieważnienia postępowania i takie okoliczności przewidywać w sposób przejawiający się odpowiednio wczesnym ogłoszeniem postępowania. Zamawiający nie uwzględnia również, że Izba rozpatruje wpływające odwołania, najsprawniej i najszybciej w Unii Europejskiej. Zauważenia wymaga, że po wydaniu orzeczenia przez Izbę, Zamawiający tego samego dnia może zawrzeć umowę o udzielenie zamówienia publicznego (art. 183 ust. 1 ustawy pzp), co potwierdzają orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (postanowienie KIO z dnia 11 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1059/12, sygn. akt: KIO 1067/12).

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości i uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

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

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy pzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: