

Sygn. akt KIO/W 63/20

POSTANOWIENIE
z dnia 5 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 sierpnia 2020r. w Warszawie wniosku z dnia 4 sierpnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Gminę Kunów** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy Kunów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowanie na okres od 01.08.2020 r. do 31.12.2020 r.”*

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy

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

Uzasadnienie

Gmina Kunów, zwana dalej: „*Zamawiającym*” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej: „*ustawą Pzp*”, na: *„odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy Kunów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowanie na okres od 01.08.2020 r. do 31.12.2020 r.”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 lipca 2020 r. poz. 561933-N-2020.

W dniu 4 sierpnia 2020r. zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wniosek ten został złożony w związku z wniesieniem w dniu 31 lipca 2020 r. odwołania przez wykonawcę Remondis sp. z o.o. w Warszawie rozpatrywanego pod sygn. akt KIO 1800/20.

Zamawiający wskazał, że miał zawartą umowę w wyniku przetargu nieograniczonego „Odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy Kunów od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowania na okres od 1.01.2020 do dnia 30.09.2020”. Argumentował, że umowa była zawarta z wynagrodzeniem określonym za tonę poszczególnych frakcji i kodów odpadów do odbioru. Maksymalna kwota wynagrodzenia z tej umowy nie mogła jednak przekroczyć 920.000 zł. Zamawiający argumentował, że w dniu 22 czerwca 2020 r. została wyczerpana kwota tego zamówienia, o czym dowiedział się dopiero z początkiem lipca gdy spłynęły do niego raporty z BDO od Wykonawcy. Ilość wyrzuconych odpadów przez mieszkańców gminy Kunów w okresie pierwszego półrocza wzrosła aż o 25% do analogicznego okresu zeszłego roku. Zamawiający wskazał, że podejrzewa, iż wpłynęła na to sytuacja wystąpienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej epidemii wywołanej wirusem SARS CoV-2 powodującym chorobę COVID-19, gdzie znaczna część mieszkańców przebywała więcej w domach, a nie w miejscach pracy. Wskazał, że sytuacja ta była zaskoczeniem dla niego, której nie był w stanie przewidzieć. W momencie poczynienia tych ustaleń, niezwłocznie zwołano sesję nadzwyczajną Rady Miejskiej w Kunowie na dzień 14 lipca 2020 r. w celu zabezpieczenia środków na nową umowę z Wykonawcą.

Gmina Kunów ogłosiła 14 lipca 2020 przetarg nieograniczony pn. „Odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy Kunów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowania na okres od 1.08.2020 r. do dnia 31.12.2020 r. Wskazał, że Gmina zdecydowała się ogłosić przetarg na krótki okres bo jedynie na 5 miesięcy, aby procedura była procedurą krajową i szybko można byłoby wyłonić Wykonawcę wiedząc, że usługa ta musi być wykonywana w sposób ciągły, aby zabezpieczyć mieszkańców gminy przed mogącym wystąpić zagrożeniem epidemiologicznym.

Zamawiający wskazał ponadto, że w dniu 31 lipca 2020 r. wykonawca Remondis Sp. z o. o. wniosła odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał także, że wobec wniesienia odwołania od wyboru oferty, w dniu 31 lipca 2020 r. wszczął procedurę wyboru wykonawcy z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, aby zapewnić odbiór odpadów komunalnych w poniedziałek 3 sierpnia 2020 r. W umowie zawartej z Wykonawcą w tym trybie, zastrzeżono jednak, że obowiązuje ona jedynie do dnia podpisania umowy z wykonawcą wybranym w postępowaniu pn. „odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy Kunów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowania na okres od 1.08.2020 do dnia 31.12.2020 r., jednakże nie dłużej niż do dnia 30 września 2020 r.

W dalszej części wniosku zamawiający zawarł polemikę z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu wniesionym w sprawie sygn. akt KIO 1800/20.

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

Stosownie do przepisu art. 183 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza na wniosek zamawiającego może uchylić zakaz zawarcia umowy do czasu wydania orzeczenia w sprawie, *jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.* Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przez wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Jako wyjątek od ww. zasady nie może być interpretowany rozszerzająco. Jak wynika z przywoływanego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się do treści wniosku, Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, że niezawarcie tej konkretnej umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałby inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu prywatnego.

Zauważyć również należy, że rozpoznając wniosek, o którym mowa w art. 183 ust. 2 Pzp, Izba nie rozstrzyga o zasadności lub niezasadności odwołania, które jest rozpoznawane w ramach odrębnego postępowania odwoławczego. Zatem przy wydaniu orzeczenia pominięto - jako bezprzedmiotową - obszerną argumentację zamawiającego odnoszącą się do niezasadności odwołania.

Chybiony okazał się argument o konieczności uchylenia zakazu zawarcia umowy alby zapewnić wykonywanie usługi odbierania odpadów w sposób ciągły i uchronić mieszkańców gminy przed mogącym wystąpić zagrożeniem epidemiologicznym.

Jak wynika z treści wniosku, zamawiający po wniesieniu odwołania zawarł już umowę w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, której przedmiotem jest

odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy Kunów i ich zagospodarowania. Ponadto, jak wskazano we wniosku, umowa ta obowiązuje do dnia 30 września 2020 r.

Wzięto pod uwagę, że zgodnie z zarządzeniem Prezesa Izby z dnia 5 sierpnia 2020 r., termin rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 1800/20 został wyznaczony na dzień 14 sierpnia 2020 r. Biorąc pod uwagę maksymalny 5-dniowy termin odroczenia ogłoszenia wyroku w ww. sprawie, wyrok w sprawie zostanie ogłoszony najpóźniej w dniu 19 sierpnia 2020 r. Z chwilą zaś ogłoszenia ww. wyroku, z mocy art. 183 ust. 1 ustawy Pzp ustanie zakaz zawarcia umowy.

W tej sytuacji należało stwierdzić, że – na chwilę rozpoznawania wniosku – brak jest podstaw do stwierdzenia, że dojdzie do przerwania ciągłości wykonywania usługi odbiorów odpadów i w konsekwencji nie występuje zagrożenie epidemiologiczne dla mieszkańców gminy.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez zamawiającego w sposób 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.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 3 i ust. 4 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 2019 poz. 1843 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: