

POSTANOWIENIE
z dnia 27 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 grudnia 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 22 grudnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Gminę Krzanowice** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Świadczenie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, powstających na terenie nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych ujętych w Uchwale nr XXVII/202/2021, na których powstają odpady komunalne na terenie Gminy Krzanowice w roku 2022”*

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy

UZASADNIENIE

Gmina Krzanowice (dalej: „zamawiający”) działając na podstawie art. 578 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”) w dniu 22 grudnia 2021 r. złożyła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Świadczenie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, powstających na terenie nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych ujętych w Uchwale nr XXVII/202/2021, na których powstają odpady komunalne na terenie Gminy Krzanowice w roku 2022”* (dalej: „Postępowanie”).

W uzasadnieniu przedmiotowego wniosku zamawiający wskazał, że z dniem 1 stycznia 2022 r. wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w wyżej

wymienionym postępowaniu winien rozpocząć realizację usługi odbioru odpadów z terenu Gminy Krzanowice. Niezawarcie umowy spowoduje, że na terenie gminy przez czas trwania postępowania odwoławczego nie będzie realizowana usługa wywozu odpadów, co spowoduje, że na nieruchomościach mieszkańców Gminy Krzanowice będą zalegać odpady. Zamawiający podkreślił, że rozkład substancji organicznych i namnażanie się drobnoustrojów spowodują powstanie niebezpieczeństwa sanitarno-epidemiologicznego na terenie gminy, co oznacza powstanie stanu zagrożenia bezpieczeństwa publicznego w sferze zdrowia i życia mieszkańców. W ocenie zamawiającego zaistnienie powyższych okoliczności, z dużym prawdopodobieństwem, będzie generować uzasadnione niepokoje społeczne, w szczególności wobec wciąż trwającej epidemii COVID-19 i stale rosnącej liczby zachorowań. Ponadto, zaprzestanie realizacji wskazanych usług spowoduje powstanie zagrożenia dla środowiska naturalnego.

Zamawiający stwierdził również, że jego zdaniem skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Gminę Krzanowice w Postępowaniu. Zamawiający podkreślił, że interes odwołującego, który może doznać uszczerbku w wyniku uchylecia przez Izbę zakazu zawarcia umowy, polega na osiągnięciu przez niego zysku wynikającego z realizacji zamówienia. Szkoda odwołującego polegałaby więc tylko na tym, że nie zostałoby mu udzielone przedmiotowe zamówienie. Natomiast specyfika przedmiotu zamówienia jaką jest odbiór odpadów oraz duże ryzyko wystąpienia negatywnych skutków zaprzestania wykonywania tej usługi przez dłuższy czas przemawia za koniecznością zapewnienia ciągłego świadczenia tej usługi. W ocenie zamawiającego skutkiem niezawarcia umowy może być uszczerbek dla interesu publicznego, na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich interesów. Potrzeba odbioru odpadów, szczególnie w aktualnych warunkach, wskazuje zatem na nadrzędność interesu publicznego nad ewentualnymi negatywnymi skutkami dla odwołującego.

Nadto, zdaniem zamawiającego, udzielenie obecnie zamówienia z wolnej ręki innemu wykonawcy nie zapewni wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów w terminie szybszym niż pozwalałoby na to podpisanie umowy z wykonawcą wybranym w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wskazał, że zastosowanie trybu z wolnej ręki, stawiałoby go w niekorzystnej sytuacji negocjacyjnej, gdyż wykonawca, któremu zamawiający zamierzałby udzielić zamówienia w tym trybie mógłby narzucić niekorzystne warunki cenowe, co powodowałoby konieczność zaangażowania na ten cel dodatkowych środków z budżetu Gminy Krzanowice.

Ponadto, wskazać należy, że w ocenie zamawiającego, odwołanie w Postępowaniu zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Gmina Krzanowice podkreśliła, że zarzuty zawarte w odwołaniu oraz przywołana przez odwołującego argumentacja są całkowicie niezasadne, a wręcz niedorzeczne. W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że nie naruszył żadnych przepisów postępowania, w tym w szczególności przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a także przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, w ocenie zamawiającego, wypełnione zostały przesłanki zawarte w treści przepisu art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 3 listopada 2021 r. pod numerem 2021/S 213-562195. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 2 grudnia 2021 r. Dnia 10 grudnia 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „TRANSGÓR” S.A. z siedzibą w Rybniku. W dniu 20 grudnia 2021 r. wykonawca REMONDIS Gliwice sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, w związku z czym Gmina Krzanowice złożyła wniosek o uchylenie zakazu umowy.

Zgodnie z art. 578 ust. 1 ustawy Pzp *„Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577”*.

Z kolei stosownie do treści przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Pzp *„Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:*

- 1. niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*
- 2. zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy”*.

Zamawiający we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy z dnia 22 grudnia 2021 r. odnosił się do obu przesłanek wskazanych w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że z wyżej wymienionych przepisów wynika, iż uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie

zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Zamawiający powinien zatem wykazać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania.

Rozpoznając wniosek złożony w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła, że wskazane przez zamawiającego okoliczności nie uzasadniają uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Na wstępie Izba zważyła, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zaszły przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis wymaga ustalenia w pierwszej kolejności, czy niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Jeśli odpowiedź na to pytanie jest pozytywna, wówczas należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem skutkiem czynności podjętych przez zamawiającego.

Składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, zamawiający musi w sposób szczegółowy i za pomocą precyzyjnych twierdzeń wykazać wpływ wykonania danego zamówienia na ochronę słusznego interesu publicznego, którego niewykonanie w sposób ewidentny przekracza potrzebę ochrony praw odwołującego się wykonawcy.

Należy zauważyć, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji interesu publicznego. Z tego względu doktryna i orzecznictwo posiłkują się uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt W 8/96), zgodnie z którą interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Interesu publicznego nie należy jednak utożsamiać z interesem zamawiającego bądź interesem mieszkańców danej gminy.

W uzasadnieniu swojego wniosku zamawiający wskazał, że brak odbioru odpadów po 31 grudnia 2021 r. spowoduje zagrożenie sanitarno-epidemiologiczne na terenie Gminy Krzanowice, a także stanowić będzie niebezpieczeństwo dla środowiska naturalnego, w szczególności wobec wciąż trwającej epidemii COVID-19. Izba uznała powyższe stwierdzenie za gołosłowne. Zamawiający w żaden sposób nie próbował go bowiem udowodnić np. poprzez załączenie do wniosku stosownych dokumentów.

Ponadto jak wynika z treści wniosku, niezawarcie umowy od dnia 1 stycznia 2022 r. spowoduje, że na terenie Gminy Krzanowice przez dłuższy czas nie będzie realizowana usługa wywozu odpadów, co będzie skutkowało niemożnością zapewnienia przez zamawiającego porządku w gminie. Powyższe nie oznaczało jednak, że od dnia 1 stycznia 2022 r. z terenu Gminy Krzanowice na pewno nie będą odbierane odpady. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający nie podjął próby wykazania, że nie jest w stanie przeprowadzić zamówienia z wolnej ręki, tak aby zapewnić wykonanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów w terminie szybszym niż pozwalałoby na to podpisanie umowy z wykonawcą wybranym w niniejszym postępowaniu. W tej sytuacji należało stwierdzić, że – na chwilę rozpoznawania wniosku – brak jest podstaw do stwierdzenia, że dojdzie do przerwania ciągłości wykonywania usługi odbiorów odpadów.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że zamawiający, jako podmiot odpowiedzialny za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Wszelkie opóźnienia, które wynikają z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców są okolicznościami, które można było i należało przewidzieć. Nie mogą one stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Nadto, należy zauważyć, że ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej dnia 29 października 2021 r., a zatem na niewiele ponad dwa miesiące przed końcem obowiązywania aktualnie obowiązującej umowy. Gmina Krzanowice nie wskazała żadnej nadzwyczajnej sytuacji w ramach procedury przetargowej lub mającej wpływ na jej rozpoczęcie, która doprowadziła do rozstrzygnięcia postępowania na trzy tygodnie przed ostatnim planowanym odbiorem śmieci wynikającym z wcześniejszej umowy. Należy podkreślić, że jeśli dla zamawiającego, a szczególnie dla mieszkańców jego gminy, realizacja przedmiotowego postępowania była tak istotna, a przy tym determinowana przez epidemię COVID-19, to zamawiający powinien z dużym wyprzedzeniem zorganizować procedurę przetargową dotyczącą zakresu przedmiotowego zamówienia, tak aby zminimalizować powstałe ryzyko związane z prowadzeniem procedury przetargowej. W ocenie Izby zbyt późne wszczęcie postępowania nie może usprawiedliwiać skorzystania z wyjątkowej, na gruncie ustawy Pzp instytucji, jaką jest możliwość zawarcia umowy za zgodą Krajowej Izby Odwoławczej przed rozpoznaniem odwołania.

Wobec powyższego, Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające

korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Gminę Krzanowice w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się z kolei do drugiej przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, że zamawiający nie uprawdopodobnił, aby odwołanie wykonawcy REMONDIS Gliwice sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Należy zauważyć, że przywołany przepis został wprowadzony do ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z sytuacjami, w których zamawiający nie mógł zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na to, że wykonawca, który - sam nie mając szansy na uzyskanie zamówienia - blokował tę możliwość konkurentom poprzez wnoszenie kolejnych odwołań, które bardzo często okazywały się bezzasadne bądź podlegały odrzuceniu.

Taka sytuacja nie zaszła jednak w okolicznościach niniejszej sprawy. Odwołanie złożone przez wykonawcę REMONDIS Gliwice sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach jest pierwszym odwołaniem wniesionym wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia w tym postępowaniu. Nie można zatem twierdzić, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający uzasadniając podstawę uchylenia zakazu wskazaną w art. 578 ust. 2 pkt 2 Pzp po krótko odniósł się merytorycznie do zarzutów odwołania, co - w ocenie Izby - nie może być skuteczne. Należy wskazać, że na etapie rozpatrywania wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Nie dokonuje też merytorycznej oceny zawartych w nim zarzutów.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, uznając, że przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp nie zostały spełnione, co skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: