

POSTANOWIENIE
z dnia 9 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 9 listopada 2018 r. wniosku z dnia 7 listopada 2018 r. (wpływ) o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zamawiającego: Instytut Metali Niezależnych Oddział w Legnicy** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Odbiór i zagospodarowanie żużla z produkcji stopów ołowiu (odpad o kodzie 10 04 01*)*, sprawa nr ZDH/20/2018 w stosunku do **wykonawcy wybranego: A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U.P. ALU - STAR A. S. z siedzibą w S.**

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy

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

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Metali Niezależnych Oddział w Legnicy - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Odbiór i zagospodarowanie żużla z produkcji stopów ołowiu (odpad o kodzie 10 04 01*)*, sprawa nr ZDH/20/2018. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 września 2018 r. za numerem 2018/S 174-394899. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa 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 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 7 listopada 2018 r. (faxem) Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z wniesieniem w dniu 2 listopada 2018 r. odwołania w zakresie części I, II, III i IV zamówienia przez wykonawcę Eko Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej „Odwoływający”), 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 konieczność dalszego magazynowania odpadów niebezpiecznych będących przedmiotem postępowania stanowi potencjalne źródło zanieczyszczenia powietrza pyłem PM10 oraz występującymi w nim metalami ciężkimi w tym w szczególności arsenu na terenie miasta Legnica, na którym odnotowuje się przekroczenia ww. substancji, wobec czego Marszałek Województwa Dolnośląskiego opracował Program Ochrony Powietrza, zawierający rzeczowo terminowy harmonogram jego realizacji; stanowi potencjalne źródło zanieczyszczenia gleb, ziem i wód gruntowych na skutek infiltracji składników odpadów w głąb profilu glebowego; stwarza realne ryzyko przekroczenia ustawowych terminów przeznaczonych na magazynowanie odpadów, wobec czego na Zamawiającym ciąży obowiązek wynikający z ustawy prawo ochrony środowiska poniesienia wielomilionowych opłat podwyższonych z tytułu magazynowania odpadów, i z powodu niewypłacalności doprowadzenie do ogłoszenia upadłości Zamawiającego oznaczającą likwidację 154 miejsc pracy oraz wypowiedzenie umów podmiotom będącym podwykonawcami IMN.

Odnosnie zanieczyszczenia powietrza atmosferycznego pyłem PM10 i PM2,5 oraz występującymi w nim metalami ciężkimi w szczególności związkami arsenu na terenie miasta Legnica Zamawiający wskazał, że Sejmik Województwa Dolnośląskiego w dniu 12 lutego 2014 r. Uchwałą Nr XLVI/1544/14 (Dz. U. Województwa Dolnośląskiego z dnia 25 lutego 2014, poz. 985) przyjął Program Ochrony Powietrza (dalej POP) dla województwa dolnośląskiego, którego część przyjęta Uchwałą nr XV/352/15 z dnia 29 października 2015r. stanowi Program Ochrony Powietrza dla miasta Legnica, opracowany ze względu na przekroczenia poziomów dopuszczalnych pyłów zawieszonych PM10 oraz m.in. docelowego poziomu arsenu w powietrzu atmosferycznym. W Programie ochrony powietrza dla miasta Legnicy wskazano szereg działań naprawczych zmierzających do przywrócenia naruszonych standardów jakości powietrza oraz obniżenia stężeń co najmniej do poziomów docelowych substancji powodujących przekroczenia. W ramach POP zidentyfikowano źródła występowania przekroczeń poziomów docelowych ww. substancji, a także wskazano skuteczne i możliwe do zrealizowania działania, których wdrożenie spowoduje obniżenie poziomów tych zanieczyszczeń co najmniej do poziomów docelowych. W Programie Ochrony Powietrza dla miasta Legnica (str. 34) stwierdza się: „Należy podkreślić, że na

terenie strefy miasto Legnica istotny problem stanowi emisja arsenu ze źródeł niezidentyfikowanych. Ten typ emisji przeważa w obszarach przekroczeń poziomu docelowego arsenu, a stężenia kształtowane przez emisję ze źródeł niezorganizowanych szacowane są na poziomie od kilku do kilkunastu ng/m³". W POP wymienia się szereg działań kierunkowych, których podjęcie ma wpływ na obniżenie emisji arsenu oraz pyłów PM10 będących przykładem dobrej praktyki przemysłowej. Wobec powyższego w strefie miasto Legnica, należy w szczególności sposób uwzględnić działania sformułowane w liście działań kierunkowych, które mogą mieć znaczący i trwały wpływ na poprawę jakości powietrza, zwłaszcza w aspekcie nie przekraczania dopuszczalnych stężeń poszczególnych substancji. W tym celu w POP (str. 38) w zakresie ograniczenia emisji wtórnej z obszarów emisji niezorganizowanej, pochodzącej m.in. ze składowisk (tym wielkopowierzchniowych placów magazynowych), na których składowane są odpady przemysłowe przewiduje się: zagęszczanie odpadów po zdeponowaniu w odpowiednim sektorze przy pomocy maszyn ciężkich, przesypywanie niepyłącym materiałem niebędącym odpadem lub odpadami obojętnymi, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, ograniczenie pylenia w czasie transportu odpadów na składowisko, ograniczenie emisji wtórnej przez: utrzymywanie jak najniższych, uzasadnionych technologicznie, powierzchni działek roboczych; sukcesywne przykrywanie powierzchni zdeponowanych odpadów warstwami izolacyjnymi; utrzymywanie w czystości i zraszanie w razie potrzeby wodą dróg w obrębie składowiska; zraszanie w razie potrzeby powierzchni odpadów wodą.

Zamawiający zaznaczył, że żużel stanowiący odpad niebezpieczny, będący przedmiotem postępowania o udzielnie zamówienia publicznego ZDH/20/2018, posiada specyficzny charakter, ponieważ po wytworzeniu tj. tuż po spuście z pieców obrotowo—wahadłowych (wraz z zawrotami) odznacza się temperaturą w przedziale kilkuset stopni Celsjusza, dlatego też jest magazynowany luzem w otamowanych przyzmacach na terenie placu magazynowego. Z uwagi na wysoką temperaturę odpadu, przykrywanie hałdy żużla nie jest możliwe. Żużel ten odznacza się także wysoką zawartością siarczanów, które ze względu na właściwości higroskopowe w wyniku studzenia chłoną wodę z powietrza atmosferycznego, powodując tym samym zachodzenie reakcji egzotermicznej. Ładunek ciepła uwalniany w wyniku reakcji egzotermicznej powoduje niszczenie plandek używanych do przykrywania wychłodzonych partii żużla poprzez ich nadtapianie i przerywanie ciągłości, co skutkuje emisją niezorganizowaną. Wobec trudności związanych z możliwością ograniczenia emisji pyłów i zawartego w nim arsenu do powietrza na skutek pylenia, IMN/O w Legnicy podjął działania mające na celu likwidację hałdy poprzez stopniowe przekazanie ustabilizowanych pod względem właściwości fizyko-chemicznych partii odpadów do zagospodarowania upoważnionemu podmiotowi. Działania te wpisują się w zadania określone w Programie

Ochrony Powietrza, zaś zakaz podpisania umowy uniemożliwia realizację celów założonych w Programie Ochrony Powietrza. Zakaz podpisania umowy powoduje zagrożenie interesu publicznego, wyrażającego się dbałością o jakość powietrza na terenie Legnica, a tym samym o zdrowie jej mieszkańców.

Ponadto podkreślił, że likwidacja hałdy żużla do możliwie najmniejszych rozmiarów oprócz interesu publicznego umożliwia osiągnięcie celów, które postawiły sobie instytucje państwowe takie jak: Sejmik Województwa Dolnośląskiego, Marszałek Województwa, Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska czy Prezydent Miasta Legnica. Ekoserwis składając odwołanie uniemożliwia realizację nam i instytucjom państwowym ww. celów. Zamawiający jako dowód złożył Uchwałę nr XV/352/15 Sejmiku Województwa Dolnośląskiego z dnia 29 października 2015r. ustanawiającą Program Ochrony Powietrza dla miasta Legnica.

Odnosnie zanieczyszczenia gleb, ziem i wód gruntowych na skutek infiltracji składników odpadów niebezpiecznych w głąb profilu glebowego Zamawiający wskazał, że zgodnie z przepisami o ochronie środowiska gruntowo — wodnego na terenie zakładu Zamawiającego w latach 2017-2018 wykonano pobór próbek gleb, ziem i wody podziemnej do badań laboratoryjnych, celem określenia stopnia zanieczyszczenia. Badania wstępne zostały przeprowadzone w dniu 24 listopada 2017 r. przez akredytowane Laboratorium Wessling Polska Sp. z o.o. Z uwagi na stwierdzone w badanych próbkach gruntu wielokrotne przekroczenia dopuszczalnych zawartości substancji powodujących ryzyko (metale ciężkie takie jak: As, Pb, Cd, Zn, Cu z czego głównie Zn), przeprowadzono badania szczegółowe, stanowiących kolejny etap identyfikacji terenu zanieczyszczonego zgodnie z § 10 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 1 września 2016 r. w sprawie sposobu prowadzenia oceny zanieczyszczenia powierzchni ziemi (Dz. U. poz. 1395). Pobór próbek w ramach etapu badań szczegółowych został przeprowadzony w dniach 28-29 marca 2018 r. i miał na celu zbadanie zasięgu zanieczyszczeń w obrębie terenu placu magazynowego żużla. Chociaż istnieje duże prawdopodobieństwo, iż potwierdzone badaniami zawartości metali ciężkich w glebach powodujące przekroczenia dopuszczalnych stężeń mogą mieć charakter oddziaływań historycznych i pochodzić od działalności nie związanej z obecnie prowadzoną produkcją, konieczne jest podjęcie pilnych działań naprawczych, do których należy usunięcie źródła zanieczyszczeń. Wobec powyższego zaplanowano pilne usunięcie hałdy żużla z produkcji stopów ołowiu z placu magazynowego. Zakaz podpisania umowy na przekazanie odpadów do zagospodarowania uniemożliwia realizację ww. celu i powoduje pogłębianie zanieczyszczenia środowiska gruntowo-wodnego. Na dowód powyższego Zamawiający złożył raport początkowy dla instalacji do produkcji stopów ołowiu Atmoterm S.A. Opole październik 2018r.

W zakresie przekroczenia terminów przeznaczonych na magazynowanie odpadów, i konieczność poniesienia opłat podwyższonych za magazynowanie odpadów Zamawiający podniósł, że ciąży na nim, podyktowany przepisami ustawy o odpadach, obowiązek zagospodarowania powstających w toku produkcji stopów ołowiu żużli będących odpadami niebezpiecznymi o kodzie 100401*. Zgodnie z art. 25 ust. 4 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w brzmieniu zmienionym przez art. 1 pkt 1 lit. a ustawy z 20 lipca 2018 r. zmieniającej ustawę o odpadach z dniem 5 września 2018 r., odpady mogą być magazynowane, przez okres nie przekraczający 1 roku. Magazynowanie odpadów z naruszeniem wymagań ustawowych podlega tj. w okresie dłuższym niż rok wiązać się będzie z koniecznością poniesienia opłat podwyższonych za korzystanie ze środowiska. Wnoszenie opłat podwyższonych zgodnie z art. 293 ust. 2 ustawy prawo ochrony środowiska magazynowanie odpadów powyżej dopuszczalnych terminów traktuje się jak składowanie odpadów w miejscu na ten cel nieprzeznaczonym. W takiej sytuacji IMN/O w Legnicy poniesie opłatę podwyższoną w wysokości 0,7 jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie odpadów na składowisku za każdą tonę odpadów i za każdą dobę składowania. Symulacja opłaty podwyższonej w przypadku przekroczenia dopuszczalnych okresów magazynowania partii żużla zaplanowanej do przekazania w ramach ZDH/20/2018: Masa odpadów: 10.000 Mg; Okres, dla którego obliczana jest opłata podwyższona: 1 miesiąc (30 dni); Stawka opłaty za składowanie 1Mg odpadów o kodzie 10 04 01 * (wg stawek na rok 2019) — 64,29 zł/Mg; Obliczenie: 10.000 x 30 dni x 64,29 zł/Mg x 0,7 13.500.900 zł/miesiąc. Zważywszy, że przekazanie odpadów do zagospodarowania wiąże się z wydatkami przekraczających unijne progi przetargowe IMN/O w Legnicy w bieżącym roku przeprowadził w tym zakresie przetarg (Odbiór i zagospodarowanie żużla z produkcji stopów ołowiu (odpad o kodzie 10 04 01*) (sygn. ZDH/07/2018), który musiał zostać unieważniony z uwagi na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (z późniejszymi zmianami). W terminie wyznaczonym w SIWZ wpłynęły 2 oferty. W toku postępowania Zamawiający zdecydował się na zwiększenie środków na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty firmy F.H.U.P. ALU-STAR konsorcjum P.P.H.U. SZ., jednakże na dalszym etapie postępowania na mocy art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (z późniejszymi zmianami) wykluczono firmę F.H.U.P. ALU-STAR konsorcjum P.P.H.U. SZ., gdyż nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia poprzez nie złożenie w terminie stosownego oświadczenia JEDZ. Czas trwania obecnie prowadzonej procedury zostanie znacznie wydłużony rozprawą przed KIO, co grozi utrzymywaniem się złego stanu powietrza atmosferycznego na terenie miasta Legnica, zanieczyszczeniem gleb, ziem i wód gruntowych oraz przekroczeniem terminów przewidzianych w ustawie o odpadach na

magazynowanie odpadów. Konsekwencją powyższego będzie wydanie przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska decyzji nakazującej wstrzymanie pracy instalacji do produkcji stopów ołowiu. Poza decyzją WIOŚ na IMN/O w Legnicy będzie ciążył obowiązek wniesienia wielomilionowych opłat podwyższonych z tytułu przekroczenia czasów magazynowania odpadów. Mając świadomość, że poziom kwot należnych z tytułu opłat podwyższonych za magazynowanie odpadów znacznie przewyższa możliwości finansowe nie tylko Oddziału ale także całego Instytutu Metali Nieżelaznych należy spodziewać się, że skutkiem końcowym będzie likwidacja i zakończenie działalności badawczo — rozwojowej i pilotowo - produkcyjnej Oddziału IMN w Legnicy związanej z zagospodarowaniem odpadowych i wtórnych surowców wykorzystywanych jako surowce do odzysku metali nieżelaznych w postaci użytecznych produktów. W takim wypadku niezagospodarowane odpady w postaci żużli połowioowych docelowo obciążą Skarb Państwa na skutek sfinansowania zagospodarowania odpadów ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska.

Izba ustaliła, że odwołanie, którego dotyczy wniosek, wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2018 r.

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. Zamawiający przedstawił dowody na poparcie swoich

twierdzeń, jednak złożona Uchwała jest dokumentem ogólnym obejmującym Program Ochrony Powietrza na terenie Miasta Legnica i jak wskazał Zamawiający zawiera m.in. opis działań mających na celu obniżenie emisji zanieczyszczeń jako zbiór dobrych praktyk przemysłowych. Izba nie neguje istotności powyższego dokumentu i problemów w nim podniesionych, jednak nie dotyczą one bezpośrednio postępowania, w którym zostało złożone odwołanie. Odnośnie Raportu początkowego dla instalacji do produkcji stopów ołowiu, jak sam Zamawiający przywołuje: *istnieje duże prawdopodobieństwo, iż potwierdzone badaniami zawartości metali ciężkich w glebach powodujące przekroczenia dopuszczalnych stężeń mogą mieć charakter oddziaływań historycznych i pochodzić od działalności nie związanej z obecnie prowadzoną produkcją*. Dane zawarte w raporcie, na które Zamawiający się powołuje datowane są na kwiecień 2018 r. Mając na względzie powyższe, a także treść złożonego wniosku, Zamawiający ma świadomość jaką prowadzi działalność i jakie konsekwencje wynikają z nieprawidłowego zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, nie jest to sytuacja która pojawiła się nagle. Odnośnie terminowości, Zamawiający co prawda przywołuje wysokość opłaty podwyższonej, którą być może będzie zobowiązany ponieść jeśli przekroczy dopuszczalny ustawowy termin magazynowania odpadów - okres 1 roku, ale nie podaje żadnych konkretnych dat, do których odpady powinny zostać zagospodarowane i odebrane w poszczególnych częściach zamówienia oraz skali problemu dla przedmiotowego postępowania. Co więcej, w pkt IV.3.2) SIWZ Zamawiający wskazał terminy realizacji umów w poszczególnych częściach i przewidział prerogatywę przesunięcia tych terminów nawet o 3 miesiące w przypadku nie zrealizowania w zaplanowanych okresach odbioru określonej ilości odpadów. Tym samym uznać należy, że Zamawiający nie wykazał, iż rozpatrzenie odwołania będzie miało realny wpływ na okoliczności podnoszone we wniosku. Ogłaszając postępowanie Zamawiający powinien mieć na względzie możliwość wpłynięcia środka ochrony prawnej (szczególnie w postępowaniach powyżej progów unijnych, w których to odwołanie przysługuje od każdej czynności w postępowaniu) czy brać pod uwagę konieczność unieważnienia postępowania i takie okoliczności przewidywać w sposób przejawiający się odpowiednio wczesnym ogłoszeniem postępowania, tak aby móc osiągnąć cele zawarte w Programie Ochrony Powietrza. Zamawiający nie uwzględnił również, że Izba rozpatruje wpływające odwołania, najszybciej 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 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 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: