

Sygn. akt: KIO/W 88/21

POSTANOWIENIE
z dnia 27 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Małgorzata Matecka
Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 września 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 22 września 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego: **Miejski Zakład Usług Komunalnych Spółka z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Dostawa pojemników na odpady komunalne”. Nr 5/ZSiZO/PN/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 305069-2021-PL dnia 18 czerwca 2021 r.,

postanawia:

uchyla zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejski Zakład Usług Komunalnych Spółka z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu, na podstawie art. 578 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, w dniu 22 września 2021 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ustawy Pzp, z wybranym wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest: „Dostawa pojemników na odpady komunalne”, przed upływem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania wniesionego w dniu 30 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę „4M” M. Z., J. G., P. G., R. R. Spółka jawna z siedzibą w Krośnie Odrzańskim.

Uzasadniając złożony wniosek zamawiający w szczególności wskazał:

Zamawiający - zgodnie ze wskazanym wyżej przepisem, może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli nie zawarcie 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.

Zamawiający zawarł z Gminą Wałbrzych w dniu 07.06.2021 r. Umowę na odbiór odpadów komunalnych, która to umowa wchodzi w życie z dniem 1 listopada 2021 r. Z dniem 31 października 2021 r. wygasa umowa z dotychczasowym Wykonawcą na odbiór odpadów. Może zatem zdarzyć się, iż Zamawiający nie będzie w stanie przystąpić do realizacji zadania i pozostawić Gminę bez usługi wywozu odpadów, co stanowi zagrożenie epidemiologiczne. W przypadku gdy Zamawiający nie rozpocznie wykonywania usługi od 01.11.2021 r. zostanie obciążony dużymi karami umownymi. Ponadto Zamawiający zawarł już umowy związane z realizacją usługi zbierania i transportu odpadów. Umowy zostały zawarte na: wynajem pojazdów specjalistycznych- śmieciarek z firmą GP Truck Trading S.C. G. K. A. K., na dostawę pojemników o poj. 140 L (4 483 szt.) z firmą J. K. Sp. z o.o., na dostawę pojemników o poj. 120 L (10 314 szt.) z firmą SSI S. Sp. z o.o. Dostawy pojemników rozpoczęły się w dniu 21.09.2021 r. Jak się bowiem okazuje od momentu podjęcia przez Gminę decyzji o powierzeniu wykonywania usługi wywozu odpadów komunalnych, wszelkie czynności Zamawiającego zmierzające do przygotowania się do wykonania umowy, są oprotestowywane. Szczególną aktywność w tym zakresie wykazuje Spółka A., która zaskarżyła umowę z Gminą oraz zapisy SIWZ w postępowaniu o dostawę pojemników. Pierwszy przetarg na wynajem pojemników na odpady został ogłoszony w dniu 19.04.2021 r.,

postępowanie nr Z29/36982, znak sprawy 3/ZSiZO/PN/2021. W postępowaniu wpłynęła jedna oferta Spółki A., która wyceniła usługę na 8 438 113,70 zł brutto. Była to cena dwukrotnie przewyższająca kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na wykonanie usługi wynajmu pojemników. Wobec tego Zamawiający unieważnił postępowanie. W dniu 18.06.2021 r, Zamawiający wszczął kolejne postępowanie na dostawę pojemników, postępowanie nr Z40/36982, znak sprawy 5/ZSiZO/PN/2021. W dniu 28.06.2021 Spółka A. złożyła odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 27.07.2021 r. umorzyła postępowanie odwoławcze — Sygn. Akt: KIO 1930/21. Odwołujący: 4M” M. Z.. J. G., P. G., R. R. Spółka jawna złożył odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania pod nazwą „Dostawa pojemników na odpady komunalne” nr 5/ZSiZO/PN/2021. Zarzuty w nim zawarte, mogące wynikać z błędnej interpretacji złożonych dokumentów, w ocenie Zamawiającego są chybione. W ocenie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia zarzut konieczności odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit. a, w związku z tym, iż w ocenie odwołującego się oferta podlegała wykluczeniu na podstawie art. 108 ust I pkt 3 pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 pzp. Zdaniem Odwołującego dokument przedłożony przez wykonawcę stanowiący zaświadczenie z US nie został przez Zamawiającego w prawidłowy sposób zweryfikowany. Zdaniem Zamawiającego przedstawiony dokument był prawidłowy i nie było podstaw do wykluczenia wykonawcy. Zaświadczenie z dnia 2 czerwca 2021 r. wskazuje, iż wykazane wymagane zobowiązanie zgodnie z dyspozycją spółki z dnia 10 maja 2021 r. zostanie pokryte z nadpłaty podatku od towarów i usług VAT 7 w terminie 10 lipca 2021 r. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 30 lipca 2021r. Na wezwanie Zamawiającego wykonawca załączył oświadczenie głównej księgowej z dnia 12 sierpnia 2021 r. potwierdzające spłatę wszystkich zaległości i dodatkowym dokumentem w postaci zaświadczenia z Urzędu Skarbowego z dnia 19 sierpnia 2021 r. potwierdzającym brak zobowiązań. Zgodnie z art. 108 ust 1 pkt 3 pzp wykluczeniu podlega ten wykonawca, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności; Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fakt, iż wobec Wykonawcy nie wydano prawomocnych wyroków ani ostatecznych decyzji o zaleganiu. Kwota zaległości , zgodnie z zaświadczeniem US została skompensowana z nadpłatą w dniu 10 lipca 2021 r. a zatem nie istniała w chwili otwierania ofert tj. w dniu 30 lipca 2021 r. Poświadczają to przedłożone już po otwarciu dokumenty tj. oświadczenie głównej księgowej oraz zaświadczenie z US. Zatem nie było podstaw do wykluczenia Wykonawcy.

Odnosząc się do zapisu art. 109 ust 1 pkt 1 pzp który stwierdza, iż wykluczeniu fakultatywnie podlega wykonawca, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności, należy powtórzyć argumenty podniesione wyżej, iż zapłata zobowiązań nastąpiło zanim upłynął ostateczny termin do składania ofert; Nadto nie może ulec uwadze zapis art. 109 ust 3 ustawy pzp który stwierdza, iż w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Dodatkowo należy wskazać, iż zgodnie z art. 125 ust 1 pzp do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Ustęp 3 przywołanego przepisu stwierdza, iż oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Wykonawca miała prawo złożyć takie oświadczenie, gdyż zgodnie z zaświadczeniem US zaległość miała zostać skompensowana z nadpłatą w dniu 10 lipca 2021 r. a zatem dwadzieścia dni przed ostatecznym terminem składania ofert.

W ocenie Zamawiającego zarzut konieczności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust 1 pkt 2; art. 109 ust 1 pkt 21it a); art. 109 ust 1 lit. b); art. 109 ust 1 pkt 3 Pzp nie znajduje uzasadnienia. Przedłożone przez Wykonawcę dokumenty spełniają bowiem wymóg wykazania niekaralności członka zarządu. Krajowy Rejestr Karny, zgodnie z art. 4 ust I pkt 5a ustawy KRK, występuje do organów centralnych państw członkowskich Unii Europejskiej, zgodnie z prawem danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, z zapytaniem o udzielenie informacji z rejestru karnego tego państwa o osobie będącej jego obywatelem, w przypadku gdy osoba ta złożyła wniosek o udzielenie informacji z Rejestru; Zatem informacja uzyskana z KRK jest informacją pełną odnosząca się również do ewentualnej karalności członka zarządu będącego cudzoziemcem i mającego miejsce zamieszkania poza granicą Polski. Polski KRK wydaje bowiem zaświadczenie o niekaralności osoby, która posiada

obywatelstwo państwa członkowskiego UE inne niż obywatelstwo polskie, dodatkowo, zgodnie z przywołanym wyżej przepisem, ma obowiązek wysłać zapytanie o taką osobę również do Państwa obywatelstwa. Wtedy musi także załączyć do zaświadczenia z KRK informację z rejestru państwa obywatelstwa osoby, której wniosek dotyczy. Taki dokument został przedłożony przez wykonawcę. To samo dotyczy zarzutu oferowania pojemników nie spełniających wymogów SWZ. Oferowane pojemniki przez SSI S. Sp. z o.o. spełniają wymogi normy EN 840-2:2012, która została przywołana w SIWZ oraz otwory w pojemnikach wynikają z metody produkcji pojemników. W odpowiedziach z dnia 12.07.2021 r. Zamawiający dookreślił wymagania: „Zamawiający wymaga aby pokrywa w pokrywie była zaprojektowana i wykonana fabrycznie. Nie dopuszcza się montażu „pokrywy w pokrywie ” metodą wycięcia otworu w pokrywie głównej i montażu mniejszej pokrywy pochodzącej z innego pojemnika. Wszystkie krawędzie mają być gładkie nie narażające na skaleczenie. Nie dopuszcza się śladów mechanicznego wygładzania krawędzi. Wszystkie krawędzie mają być wynikiem metody produkcji pojemników. W zaistniałej sytuacji, w jakiej znalazł się Zamawiający, trudno jest mówić o indywidualnym interesie Odwołującego, który nie jest zainteresowany w uzyskaniu danego zamówienia, a tym samym o konieczności ochrony interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

Zamawiający wskazuje, że nie zawarcie 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, co wypełnia przesłankę zawartą w art. 578 ust. 2 pkt 1 p.z.p. uchylenia zakazu zawarcia umowy przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zamawiający wszczął postępowanie w dacie 18.06.2021 r., czyli niezwłocznie po powzięciu informacji o zaistnieniu interesu publicznego i zapewnieniu środków na sfinansowanie zamówienia, a przedmiotowym interesem publicznym jest wykonanie zadania własnego Gminy polegającego na odbiorze i wywozie odpadów komunalnych.

Negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na nie zawarcie umowy, jest przede wszystkim zagrożenie epidemiologiczne spowodowane brakiem odbioru odpadów od mieszkańców. Wyżej wymienione negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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.

Zamawiający wskazał, że odwołanie dotyczy tylko i wyłącznie jednej z części postępowania, dotyczącej pojemników o ładowności 1100 l. Odwołanie powoduje ogromne opóźnienie w przygotowaniach do realizacji umowy z gminą. Pojemniki bowiem muszą zostać przygotowane do rozstawienia na terenie miasta, a to wymaga współpracy wielu podmiotów.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wniósł o skierowanie sprawy na posiedzenie niejawnie Krajowej Izby Odwoławczej celem wydania postanowienia w przedmiocie uchylecia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed rozstrzygnięciem odwołania. Zamawiający wnioskuje o niezwłoczne powiadomienie pocztą e-mail o treści postanowienia Izby z uwagą na pilność udzielenia zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z 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.

Izba uznała, mając na uwadze okoliczności wskazane przez Zamawiającego w treści wniosku, że w niniejszej sprawie zostały spełnione przesłanki uzasadniające uchylenie zakazu zawarcia umowy. Jak wynika z przepisu art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp rozpoznając wniosek zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba dokonuje oceny, z jednej strony – negatywnych skutków dla interesu publicznego, które mogą zostać spowodowane niezawarciem umowy, a z drugiej – korzyści związanych z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku

w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uwzględniając przedstawione okoliczności niezawarcie w najbliższym czasie umowy na „Dostawę pojemników na odpady komunalne” może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Zamawiający - jak wskazał we wniosku - wszczął postępowanie w dacie 18 czerwca 2021 r., czyli niezwłocznie po powzięciu informacji o zaistnieniu interesu publicznego i zapewnieniu środków na sfinansowanie zamówienia, a przedmiotowym interesem publicznym jest wykonanie zadania własnego Gminy polegającego na odbiorze i wywozie odpadów komunalnych. Z treści wniosku wynika również, że z dniem 31 października 2021 r. wygasa umowa z dotychczasowym Wykonawcą na odbiór odpadów. Może zatem zdarzyć się, że Zamawiający nie będzie w stanie przystąpić do realizacji zadania i pozostawić Gminę bez usługi wywozu odpadów, co stanowi zagrożenie epidemiologiczne. W przypadku gdy Zamawiający nie rozpocznie wykonywania usługi od 01.11.2021 r. zostanie obciążony dużymi karami umownymi. Ponadto Zamawiający zawarł już umowy związane z realizacją usługi zbierania i transportu odpadów. Umowy zostały zawarte na: wynajem pojazdów specjalistycznych- śmieciarek z firmą GP Truck Trading S.C. G. K. A. K., na dostawę pojemników o poj. 140 L (4 483 szt.) z firmą J. K. Sp. z o.o., na dostawę pojemników o poj. 120 L (10 314 szt.) z firmą SSI S. Sp. z o.o. Dostawy pojemników rozpoczęły się w dniu 21.09.2021 r. W tej sprawie odwołanie zostało wniesione w zakresie wyłącznie jednej z części postępowania, dotyczącej pojemników o ładowności 1100l, co powoduje – jak podał Zamawiający - istotne opóźnienie w przygotowaniach do realizacji umowy z gminą. Pojemniki bowiem muszą zostać przygotowane do rozstawienia na terenie miasta, a to wymaga współpracy wielu podmiotów.

Izba także zwraca uwagę, że Odwołujący w odwołaniu – alternatywnie żąda - nakazania Zamawiającemu unieważnienia Postępowania, jeżeli termin rozpatrzenia niniejszego odwołania oraz wydania wyroku nie będzie umożliwiał zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego niepodlegającej unieważnieniu (art. 256 pkt 6 Pzp). Wykonawca wskazał bowiem, że zgodnie z Rozdziałem VI ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz § 4 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ, Zamawiający wyznaczył termin wykonania zamówienia na 30 września 2021 r. Zmiana tego terminu może nastąpić na warunkach właściwych dla zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 454 i 455 Pzp). W ocenie Odwołującego zasadne jest uznanie, że zmiana taka nie będzie mogła zostać dokonana, co będzie wypełniało okoliczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 256 pkt 6 Pzp. Wskazał ponadto, że ubiega się o uzyskanie zamówienia, w tym wydzielonego

w części III (zadania nr 3), a jego oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans korzyści transakcyjno-kontraktowych.

Wobec powyższych argumentacji Izba uznała, że negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony innych interesów, w tym w szczególności interesu Odwołującego, który to interes jest w tych okolicznościach mniejszej wagi niż interes publiczny. Negatywne skutki dla interesu publicznego, które mogą powstać ze względu na nie zawarcie umowy, to przede wszystkim zagrożenie epidemiologiczne spowodowane brakiem odbioru odpadów od mieszkańców. Wymienione negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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.

Reasumując, odbiór odpadów – w konsekwencji gospodarowanie odpadami - ma szczególne znaczenie dla zapewnienia bezpieczeństwa sanitarno-epidemiologicznego. Potrzeba odbioru odpadów – szczególnie w aktualnych warunkach - wskazuje na interes publiczny, jego nadrzędność nad ewentualnymi negatywnymi skutkami dla wykonawcy. Ochrona wskazywanych wartości ma niewątpliwie pierwszeństwo przed ochroną interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie. Szczególnie gdy okoliczności wskazują, że wniesione odwołanie uniemożliwi zawarcie umowy w terminie pozwalającym na realizację zamówienia. Szkoda wywołana wskazanymi skutkami może mieć wymiar obiektywnie trudny do zdefiniowania, podczas gdy ochrona interesu wnoszącego odwołanie wykonawcy związana jest z realizacją jego subiektywnego interesu ekonomicznego i tylko w części III (zadania nr 3), który miałby być naruszony – według jego przekonania - skutkiem zaniechania z naruszeniem przepisów Pzp wykluczenia konkurencyjnego wykonawcy. W konkluzji Izba stwierdza, że przedstawione we wniosku negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1) w związku z art. 578 ust. 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....

.....