

POSTANOWIENIE
z dnia 27 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Danuta Dziubińska
Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 stycznia 2021r. w Warszawie wniosku z dnia 26 stycznia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Gminę Żabia Wola** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych w Gminie Żabia Wola”*

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy

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

Uzasadnienie

Gmina Żabia Wola, 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 i zagospodarowanie odpadów komunalnych w Gminie Żabia Wola”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2020 r. nr 2020/S 252-636763.

W dniu 26 stycznia 2021r. zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski 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 25 stycznia 2021 r. odwołania przez wykonawcę Jarper sp. z o.o. w Wólce Kosowskiej.

Zamawiający wskazał, że obecnie obowiązująca umowa w tożsamym przedmiocie realizowana jest przez Jarper sp. z o.o., a termin realizacji tej umowy kończy się 31.01.2021 r. Umowa z Jarper została zawarta 11.12.2020 r. w wyniku udzielenia przez Zamawiającego zamówienia z wolnej ręki (nr sprawy RG.271.5.7.2020). Zamawiający argumentował, że uprzednio unieważniono postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego (nr sprawy RG.271.1.5.2020).

Zdaniem Zamawiającego, ważny interes publiczny wyraża się w konieczności zapewnienia odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w trybie pilnym, z uwagi na kończący się termin realizacji obecnej umowy z Jarper sp. z o. o. oraz nieznanemu Zamawiającemu termin rozstrzygnięcia odwołania wniesionego przez Jarper sp. z o.o. Zamawiający wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, mając na uwadze interes publiczny oraz odpowiedzialność za utrzymanie czystości i porządku w gminie.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wynikał z wniesienia przez Jarper sp. z o.o. odwołania w dniu 25 stycznia 2021 r. Postępowanie odwoławcze zostało zatem wszczęte po dniu 31 grudnia 2020 r.*

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 ustawy NPzp, *Krajowa Izba Odwoławcza 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.

Możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przez wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy NPzp. Jako wyjątek od ww. zasady nie może być interpretowany rozszerzająco. Jak wynika z przywoływanego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 NPzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylecia 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. Z kolei dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 2 Nzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba stwierdziła, że argumentacja zamawiającego przedstawiona we wniosku ogniskowała się wyłącznie wokół przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 NPzp. 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. Chybiony okazał się argument o konieczności uchylecia zakazu zawarcia umowy aby zapewnić odbiór i zagospodarowanie odpadów w trybie pilnym.

Jak wynika z treści wniosku, zamawiającego rzeczywiście wiąże umowa na odbiór i zagospodarowanie odpadów obowiązująca jedynie do 31 stycznia 2021 r. zawarta w trybie zamówienia z wolnej ręki. Powyższe nie oznaczało jednak, że od 1 lutego 2021 r. z terenu Gminy Żabia Wola na pewno nie będą odbierane odpady. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia, że nie może zawrzeć umowy w trybie niekonkurencyjnym, tak aby zapewnić sobie ciągłość realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od 1 lutego 2021 r. 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 należało wskazać, że Zamawiający, będąc odpowiedzialnym za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. Opóźnienia wynikające z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców są okolicznościami, które można było i należało

przewidzieć. Nie mogą one same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Na marginesie należy nadmienić, że ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przewiduje rozwiązanie na wypadek niezapewnienia przez gminę odbierania odpadów komunalnych. Przepis art. 6s tej ustawy stanowi, że *w przypadku gdy gmina nie realizuje obowiązku odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, właściciel nieruchomości jest obowiązany do przekazania odpadów komunalnych, na koszt gminy, podmiotowi odbierającemu odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, wpisanemu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2.* Powyższe rozwiązanie zdaje się zapewniać ciągłość odbioru odpadów komunalnych i przeciwdziała powstaniu zagrożenia sanitarnego.

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. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy NPzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....