

POSTANOWIENIE
z dnia 4 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Członkowie: Irmina Pawlik

Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 4 stycznia 2021 roku w Warszawie wniosku z dnia 30 grudnia 2020 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Zamawiającego, którym jest Gmina Dąbrowa Tarnowska w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrowa Tarnowska w 2021 roku”, nr ref. GKR.2710.11.2020.

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy

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

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Tarnowska (dalej „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrowa Tarnowska w 2021 roku”, nr ref. GKR.2710.11.2020 (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 16.10.2020 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod nr 2020/S 202-489971).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa 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 2019 r., poz. 1843 z późn. zm. zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”).

W dniu 30 grudnia 2020 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z wniesieniem w dniu 28 grudnia 2020 r. odwołania *od określonych czynności* Zamawiającego, przez wykonawcę - „FBSerwis Karpatia” sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”), wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, w trybie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu niniejszego wniosku, Zamawiający podkreślił, iż *w niniejszej sprawie brak zawarcia umowy na zagospodarowanie odpadów mogłoby powodować znaczące, a przy tym bardzo negatywne skutki dla ogółu społeczności Gminy Dąbrowa Tarnowska, przejawiające się w niemożności wywiązania się przez Gminę z obowiązku zapewnienia ciągłości zagospodarowania odbieranych od mieszkańców Gminy odpadów komunalnych, wynikającego w szczególności z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Gmina, ani też odbiorca odpadów komunalnych nie posiadają bowiem możliwości zagospodarowywania znacznego strumienia odpadów we własnym zakresie.*

W dalszej konsekwencji niemożność zapewnienia zagospodarowania odpadów może również spowodować zakłócenia w samym odbiorze odpadów, bowiem wykonawca tych ostatnich usług nie będzie miał możliwości oddania ich do zagospodarowania. Należy przy tym zwrócić uwagę na bliski termin (od 1 stycznia 2021 r.), w którym miało rozpocząć się świadczenie na rzecz Gminy usług zagospodarowania odpadów. Niewątpliwie w tak krótkim czasie nie ma realnej możliwości znalezienia kontrahenta i zawarcia z nim (choćby nawet w trybie z wolnej ręki) umowy na zagospodarowanie odpadów na czas rozstrzygnięcia odwołania. Co istotne, przedsiębiorstwa, świadczące tego rodzaju usługi planują rozkład zasobów, przeznaczonych do zagospodarowania odpadów w określonej ilości lub przewidywanej do zagospodarowania w ramach przetargów w których takie przedsiębiorstwa uczestniczą, a ponadto również ze względu na ilości odpadów, ustalone z wyprzedzeniem do oddania do określonych regionalnych instalacji do zagospodarowania odpadów. W ocenie Zamawiającego nie byłoby również prawidłowe udzielenie zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu Wykonawcy, nawet zakładając, że Wykonawca ten byłby skłonny zawrzeć taką umowę, tym bowiem jest podmiot składający w niniejszej sprawie odwołanie, a zarazem oferujący znacząco mniej korzystną ofertę, niż oferent zwyciężający w przetargu.

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.

Zgodnie z regulacją art. 183 ust. 1 ustawy Zamawiający, w przypadku wniesienia odwołania, nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Oceniając przedmiotowy stan faktyczny Izba uwzględniła treść przepisu art. 183 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym dopuszczalne jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, jeżeli 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.

Zatem, aby przywołany przepis mógł mieć zastosowanie, niezbędne jest kumulatywne wykazanie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie. Należy zauważyć, że możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze stanowi wyjątek od zasady, że Zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Tym samym wypełnienie ustawowych przesłanek pozwalających w konsekwencji na uchylenie zakazu zawarcia umowy, jako wyjątek, nie może być interpretowane rozszerzająco.

W ocenie Izby, Zamawiający, uzasadniając zastosowanie powyższej instytucji nie wykazał zaistnienia ustawowych przesłanek uzasadniających uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Przedstawiona we wniosku argumentacja nie zawiera żadnego merytorycznego uzasadnienia, wskazującego na negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższającego korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie przedstawił żadnych wiarygodnych wyjaśnień na poparcie swoich twierdzeń.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że uchylenie zakazu zawarcia umowy i jej natychmiastowe zawarcie nie spowoduje negatywnych skutków dla interesu publicznego.

W przedstawionym uzasadnieniu wniosku Zamawiający powołuje się na obowiązki wynikające z treści ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, i wskazuje, że brak zawarcia umowy na zagospodarowanie odpadów mógłby

powodować znaczące, a przy tym negatywne skutki dla ogółu społeczności Gminy, przejawiające się w niemożności wywiązania się przez Gminę z obowiązku zapewnienia ciągłości zagospodarowania odbieranych od mieszkańców Gminy odpadów komunalnych.

Podkreślenia wymaga, że każdy z podmiotów publicznych zobowiązany jest do realizacji zadań, jakie zostały mu określone w stosowanych przepisach, dlatego też nie sposób przypisywać realizacji ciążącym na Zamawiającym obowiązków ustawowych, szczególnego znaczenia. W ocenie Izby Zamawiający stara się sprowadzić interes własny tj. wypełnienia ciążących na nim obowiązków do interesu publicznego, który to ma znaczenie dla rozpoznania przedmiotowej przesłanki oceny zasadności wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Działanie takie jest niedopuszczalne, bowiem interes Zamawiającego – w tym wypadku sprowadzający się do realizacji ustawowych zadań – nie może być utożsamiany z interesem publicznym. Zadania jakie realizuje Zamawiający w zakresie zadań własnych, a stanowiące przedmiot zamówienia nie są zadaniami „niezwykłymi”, można powiedzieć, że są zadaniami charakterystycznymi, typowymi, które nałożone są na wielu Zamawiających w kraju, co wynika ze specyfiki Zamawiających i obowiązujących przepisów prawa.

Izba wskazuje, że argumentacja Zamawiającego w zakresie bliskości terminu, (od 1 stycznia 2021 r.), w którym miało rozpocząć się świadczenie na rzecz Gminy usług zagospodarowania odpadów – a który w dacie rozpoznawania przez Izbę niniejszego wniosku już upłynął – i niewątpliwego braku realnej możliwości znalezienia kontrahenta i zawarcia z nim umowy do czasu rozstrzygnięcia odwołania, nie stanowi uzasadnienia dla uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zamawiający, z góry założył, że realizacja ciążącego na nim obowiązku nie będzie możliwa, nie podejmując nawet próby dokonania rozeznania rynku w tym zakresie. Jak wynika z treści uzasadnienia, Zamawiający – nie wyjaśniając dlaczego - uznał za nieprawidłowe zawarcie umowy z wolnej ręki z dotychczasowym wykonawcą, który w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę z wyższą ceną, a ponadto wniósł odwołanie.

Izba wskazuje, że Zamawiający wnosi o uchylenie zakazu zawarcia umowy o którym mowa w art. 183 ust. 1 Pzp, nie wskazując żadnych negatywnych skutków dla interesu publicznego, które mogłyby zostać spowodowane w wyniku niezawarcia umowy, 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 publicznego.

W przypadku zastosowania tej szczególnej regulacji ustawowej (uchylenie zakazu zawarcia umowy) to negatywne skutki dla interesu publicznego, jakich zaistnienie winien wykazać Zamawiający w przypadku nie zawarcia umowy, a które przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinny stanowić uzasadnienie wniosku. Zamawiający winien wykazać, że korzyści płynące z ochrony interesu publicznego, czyli zniwelowanie negatywnych skutków dla interesu publicznego, są większe od korzyści związanych z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. To właśnie te korzyści, ich istotność i precyzyjne przedstawienie oraz wykazanie negatywnych skutków dla interesu publicznego jakie zaistnieją w przypadku niezawarcia umowy, stanowią okoliczności uzasadniające możliwość odstąpienia od zasady zakazu zawierania umów w sprawie zamówienia do momentu ogłoszenia orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

W tym stanie rzeczy Zamawiający nie wykazał, że zachodzi konieczność odstąpienia od zasady zakazu zawierania umów w sprawie zamówienia do momentu ogłoszenia orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą merytoryczne przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy wskazane w art. 183 ust. 2 zdanie 2 ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

