

Sygn. akt: KIO/W 108/21

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 31 grudnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:    Bartosz Stankiewicz  
                                 Robert Skrzyszewski  
                                 Aleksandra Kot

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 31 grudnia 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 28 grudnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Gminę Bytów z siedzibą w Bytowie przy ul. 1 Maja 15 (77-100 Bytów) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie wolnej ręki pn.: *Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z nieruchomości, które w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy położonych na terenie Gminy Bytów w okresie od 01.01.2022r. do 31.12.2022r.*, znak sprawy: BRZ.271.42.20021.AZ, zwane dalej: „postępowaniem”

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku  
lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

**Uzasadnienie**

Gmina Bytów (zwana dalej: „zamawiającym”) w dniu 28 grudnia 2021 r. działając na podstawie art. 578 ust. 1 w zw. z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, a także w związku z wniesieniem odwołania przez Elwoz Eco sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach, odroczeniem dnia 27 grudnia 2021 r. na etapie posiedzenia postępowania odwoławczego toczącego się pod sygn. KIO 3621/21 na dzień 13 stycznia 2022 r. oraz

powołując się na okoliczności wskazane w treści wniosku, wniosła o uchylenie przez Izbę zakazu zawarcia umowy w postępowaniu.

W uzasadnieniu wniosku zamawiający wyjaśnił, że stosownie do art. 577 Pzp wniesienie odwołania aktualizuje po stronie zamawiającego zakaz zawarcia umowy, aż do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zakaz ten ma charakter względny i może ulec uchyleniu przez Izbę. Zamawiający wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy uzasadnił tym, że jej nie zawarcie może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższającego korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu.

W zakresie konkretyzacji negatywnych skutków dla interesu publicznego jakie mogą wystąpić na skutek niezawarcia umowy zamawiający podniósł, że przedmiot zamówienia obejmuje *odbior odpadów komunalnych z nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, które w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy - położonych na terenie gminy Bytów oraz ich transport do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sierzno Sp. z o.o. Zamawiający zapewnia zagospodarowanie odpadów w Zakładzie Zagospodarowania Odpadów Sierzno Sp. z o.o. w okresie od 3 stycznia 2022 r., tj. realizację usług, o których mowa w art. 6c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2010), zwanej dalej: „u.c.p.g”.* Zgodnie z przywołanymi przepisami u.c.p.g. gmina obowiązana jest do zapewnienia odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości objętych systemem gospodarki odpadami komunalnymi. Realizacja wskazanego zadania w okresie od dnia 3 stycznia 2022 r. przez okres 12 miesięcy ma nastąpić poprzez udzielenie zamówienia w wyniku przeprowadzenia postępowania. Usługa odbioru odpadów komunalnych ma charakter usługi użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb społeczności lokalnej (właścicieli nieruchomości położonych w gminie Bytów) w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Usługa odbioru odpadów komunalnych stanowi ponadto usługę, której ciągłość świadczenia nie może zostać przerwana. Powyższe nie będzie mogło zostać zapewnione (jeżeli zakaz zawarcia umowy nie zostanie uchylony), aż do momentu wydania przez Izbę orzeczenia wieńczącego postępowanie odwoławcze, które to nastąpi po 3 stycznia 2022 r. Wniesienie odwołania, aktualizujące zakaz o którym mowa w art. 577 Pzp, skutkuje tym, że po dniu 31 grudnia 2021 r. usługa odbioru odpadów komunalnych nie będzie mogła zostać zapewniona właścicielom nieruchomości zamieszkałych i mieszanych położonych na terenie gminy Bytów. W tym dniu wygasa dotychczasowa umowa o zamówienie publiczne. Zaprzestanie realizacji usług odbioru odpadów komunalnych na okres co najmniej 2 tygodni, będzie skutkowało powstaniem niebezpieczeństwa epidemiologicznego dla mieszkańców

gminy Bytów, środowiska naturalnego oraz będzie rodzić zagrożenie sanitarne oraz epidemiologiczne. Konsekwencją powyższego jest bezpośredni wpływ na zdrowie i życie mieszkańców, tj. powstania zagrożenia bezpieczeństwa publicznego w sferze zdrowia i życia mieszkańców. Powyższe, ze znaczną dozą prawdopodobieństwa, będzie generować również istotne i uzasadnione niepokoje społeczne, w szczególności wobec wciąż trwającej epidemii COVID-19, w czasie której prawidłowe funkcjonowanie gospodarki odpadami komunalnymi jest kwestią priorytetową. Ponadto zachodzi duże prawdopodobieństwo roznoszenia odpadów komunalnych składowanych poza pojemnikami przez zwierzęta domowe i dzikie.

Powyższe zamawiający uzupełnił także o wskazanie, że jedyną alternatywą dla zapewnienia odbioru odpadów komunalnych z Gminy od dnia 3 stycznia 2022 r. byłoby udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zastosowanie ww. trybu na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp (jedynej podstawy prawnej możliwej do rozważenia w zaistniałym stanie faktycznym), tj. ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, może budzić wątpliwości prawne w zaistniałej sytuacji. Ponadto w ocenie zamawiającego zastosowanie trybu z wolnej ręki znajduje mniejsze uzasadnienie systemowe, niż zawarcie umowy po uchyleniu zakazu o którym mowa w art. 577 Pzp.

W zakresie identyfikacji interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, zamawiający wskazał, że jest to wyłącznie interes odwołującego. W ocenie zamawiającego:

- 1) interes zamawiającego,
  - 2) interes wykonawcy Wodociągi Miejskie Bytów sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie,
  - 3) interes publiczny
- nie doznają ryzyka uszczerbku.

Zważając na okoliczność, iż zawarcie umowy nastąpi z Wodociągami Miejskimi Bytów sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie, nie sposób uznać, że uchylenie zakazu, o którym mowa w art. 577 Pzp, stwarza ryzyko kolizji z interesem wskazanego wykonawcy lub zamawiającego, wnoszącego o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Nadto uchylenie zakazu zawarcia umowy nie będzie kolidowało z interesem publicznym, dla ochrony którego niezbędne jest uchylenie przez Izbę wskazanego zakazu (na co zamawiający wskazał powyżej).

Odstępując od powielania kwestii podniesionych w ramach konkretyzacji interesu publicznego oraz argumentów przemawiających za jego ochroną, zamawiający wskazał na stopień uszczerbku jakiego może doznać odwołujący w przypadku uchylenia zakazu zawarcia umowy. We wskazanym kontekście zamawiający podkreślił, że niezależnie od tego czy zakaz, o którym mowa w art. 577 Pzp zostanie uchylony czy też powyższe nie nastąpi, ewentualne

wydanie przez Izbę wyroku uwzględniającego (bez uprzedniego uchylecia zakazu zawarcia umowy), będzie skutkowało następczo unieważnieniem przez zamawiającego postępowania. W przypadku wydania przez Izbę wyroku uwzględniającego po zawarciu umowy, Izba orzeknie o unieważnieniu umowy. Konsekwencje wydania wyroku uwzględniającego odwołanie, będą zatem zbliżone i będą w tożsamym stopniu chronić interes Odwołującego.

Zważając na powyższe, w ocenie zamawiającego, w zaistniałym stanie faktycznym zaktualizowała się wyrażona w art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp przesłanka uprawniająca KIO do uchylecia zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 Pzp. Mając powyższe na względzie zamawiający wniósł o wydanie przez Izbę, na posiedzeniu niejawnym, postanowienia o uchyleciu zakazu zawarcia umowy z wykonawcą – spółką Wodociągi Miejskie Bytów Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Adama Mickiewicza 1 (77-100 Bytów).

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 578 ust. 2 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 odnosił się do podstaw prawnej wskazanej w art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Instytucja uchylecia zakazu zawarcia umowy ma charakter wyjątkowy jako odstępstwo od generalnej zasady zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Oceniając zasadność wniosku Izba nie dokonuje oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu. Izba bada wniosek zamawiającego wyłącznie pod kątem przesłanek uchylecia zakazu zawarcia umowy, czyli ocenia, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego oraz, czy negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

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 uwzględnić. Nie mogą one stanowić

usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Ponadto, Izba wskazuje, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy o numerze 2021/BZP 00297364/01 zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 grudnia 2021 r., a zatem niecały miesiąc przed końcem obowiązywania aktualnie obowiązującej zamawiającego umowy. Zamawiający nie wskazał żadnej nadzwyczajnej sytuacji w ramach procedury przetargowej lub mającej wpływ na jej rozpoczęcie, która doprowadziła do wszczęcia postępowania niedługo przed zakończeniem realizacji aktualnie obowiązującej umowy. Dodatkowo zamawiający dopiero na posiedzeniu niejawnym w ramach toczącego się postępowania odwoławczego tj. w dniu 27 grudnia 2021 r. złożył dowody odnoszące się do prognozy, o której mowa w art. 214 ust. 6 Pzp, tym samym dopiero wtedy inni wykonawcy potencjalnie zainteresowani wynikiem rozstrzygnięcia odwołania, szczególnie odwołujący i przystępujący po jego stronie, mogli zapoznać się z dokumentami stanowiącymi podstawę decyzji zamawiającego o wyborze procedury przetargowej. Skoro 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 odpowiednio dużym wyprzedzeniem zorganizować procedurę przetargową dotyczącą zakresu przedmiotowego zamówienia oraz upublicznić wszystkie niezbędne dokumenty, tak aby zminimalizować powstałe ryzyko związane z jej prowadzeniem. Izba stwierdziła zatem, że zbyt późne wszczęcie postępowania nie może usprawiedliwiać skorzystania z wyjątkowej, na gruncie Pzp instytucji, jaką jest możliwość zawarcia umowy za zgodą Krajowej Izby Odwoławczej przed rozpoznaniem odwołania.

Izba zwróciła przy tym uwagę, że co istotne zamawiający w uzasadnieniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie wyjaśnił, ani nawet nie uprawdopodobnił dlaczego nie może w przedmiotowej sytuacji skorzystać z innych rozwiązań przewidzianych w Pzp, a szczególnie z dyspozycji art. 214 ust. 1 pkt 5. Zamawiający w ramach usługi zawierającej się w przedmiocie zamówienia niniejszego postępowania, zdaje się zamykać wyłącznie na podjęciu współpracy z wykonawcą, z którym zamierzał zawrzeć umowę w ramach tego postępowania pomijając innych potencjalnych wykonawców, których istnienie potwierdziło chociażby wniesione odwołanie i liczba zgłoszonych przystąpień.

Mając na uwadze 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.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 Pzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy określone w art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

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

Przewodniczący: .....

.....

.....