

Sygn. akt KIO/W 104/21

**POSTANOWIENIE
z dnia 23 grudnia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Członkowie: Jolanta Markowska

Emil Kuriata

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 grudnia 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 21 grudnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego – Gminę Ełk

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk”.

postanawia:

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

Uzasadnienie

W dniu 21 grudnia 2021 r. zamawiający – Gmina Ełk (dalej jako „Zamawiający”) wystąpił z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 245-647674 oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00310224/01.

Zamawiający w uzasadnieniu wniosku wskazał, że zwraca się wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy w powyższym postępowaniu dot. odbioru i transportu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Ełk ze względu pilną potrzebę realizowania strategicznego zadania w zakresie odbioru odpadów od mieszkańców Gminy Ełk. Zamawiający wskazał, że zgodnie z przesłankami art. 578 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w okresie panującej pandemii COVID-19 i braku zabezpieczenia higieniczno-sanitarnego Gminy Ełk, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów strony Odwołującej.

Zamawiający podkreślił, iż działania firmy KOMA Ełk spółka z.o.o. mają na celu ewidentne utrudnianie rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcie umowy na realizację wskazanego zadania od 1 stycznia 2022 r. z własną spółką komunalną, w której posiada 100% udziałów, spełniającą wszystkie przesłanki prawne wynikające z przepisów prawa. Podnoszone w odwołaniu zarzuty są oparte o ewidentnie błędną wykładnię stanu faktycznego i prawnego, mając na celu jedynie uniemożliwienie zawarcie umowy.

Dalej Zamawiający przedstawił swoje stanowisko co do zarzutów podniesionych w odwołaniu, stwierdzając, że w szczególności zarzut pierwszy dot. nie wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru trybu udzielenie zamówienia co jest zarzutem chybnym ponieważ w nawiązaniu do powyższego brzmienia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp z 2004 r. który w sposób praktycznie niezmienny został przeniesiony do aktualnie obowiązujących przepisów Pzp, Zamawiający wskazał, że spełnienie określonych w nim przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jest niezbędnym, a zarazem wystarczającym do zastosowania przez Zamawiającego wymienionego trybu. Pogląd ten jest utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający przywołał wyrok Izby z dn. 16 grudnia 2020 roku, o sygn. akt KIO 3069/20 oraz wyrok z dnia 27 grudnia 2018 roku,

sygn. akt KIO 2567/18. Ponadto, Zamawiający podniósł, że elektroniczny druk ogłoszenia BZP jest ograniczony do 1000 znaków.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a i b ustawy Pzp, polegającego na zamiarze powierzenia przez zamawiającego zamówienia własnej spółce komunalnej, w której zamawiający posiada 100 % udziałów i samodzielnie powołał zarówno Zarząd jak i Radę Nadzorczą, nad którą jak twierdzi odwołujący, zamawiający nie posiada dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, Zamawiający stwierdził, iż jest on wręcz kuriozalny biorąc pod uwagę treść obowiązujących przepisów prawa.

Zamawiający wskazał jednocześnie, że chybiony jest również zarzut że mniej niż 90 % średniego rocznego przychodu z działalności spółki pochodzi z zadań zleconych przez Zamawiającego. Kwestia ta została skontrolowana przez zamawiającego przed udzieleniem zamówienia, zaś odmienne nieprawdziwe twierdzenia odwołującego są całkowicie nieprawdziwe. Zamawiający przywołał w tym miejscu fakt że przywoływane przez odwołującego usługi pozostałe zlecone wod-kan oraz dzierżenie sieci są m.in. zadaniami powierzonym spółce właśnie przez Zamawiającego, spółka w tym celu bowiem została powołana do życia — wykonywania zadań własnych Zamawiającego m.in. w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, utrzymywania dróg, placów, mostów, zieleni, wywozu odpadów komunalnych na terenie Gminy Ełk.

Dalej Zamawiający wskazał, że podobnie nietrafny jest zarzut zamierzenia udzielenia zamówienia podmiotowi — własnej spółce komunalnej, która nie posiada uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia. Dysponowanie przedmiotowymi uprawnieniami jest bowiem niezbędne na moment realizacji, a nie udzielania zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że działania spółki KOMA Ełk spółka z.o.o jak również spółki córki COMECO spółka z.o.o. gdzie skład zarządu obu podmiotów wchodzi te same osoby m.in. J. M. i B. M., noszą znamiona ewidentnego sabotowania zamiaru podjęcia przez Zamawiającego przy pomocy utworzonej m.in. w tym celu własnej spółki komunalnej, wykonywania zadań własnych polegających na odbiorze odpadów komunalnych od mieszkańców Zamawiającego, przy użyciu już pozyskanego do tego celu sprzętu (śmieciarek) oraz uzyskaniu w tutejszym organie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Potwierdza to m.in. postępowanie prowadzone przez Gminę Ełk w trybie przetargu nieograniczonego na zakup pojazdów typu śmieciarki celem realizacji przez własną spółkę odbioru odpadów komunalnych, w którym również zostało wniesione dwukrotnie odwołanie do KIO przez wskazaną powyżej spółkę COMECO Sp. z o.o., w dniu 30.08.2021 r. wycofane przed rozprawą oraz w dniu 02.11.2021 r. odrzucone w całości przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Zamawiający nadmienił, iż spółka ta jako odwołujący w toku postępowania jak i w trakcie rozprawy utrzymywała, że zaoferowała w przetargu podwozie i zabudowę wyprodukowana przez firmę SCANIA, co zostało zaprotokołowane i jest ewidentnym poświadczeniem nieprawdy, takich pojazdów firma SCANIA bowiem nie produkuje co zostało potwierdzone po skierowaniu zapytania w tej kwestii przez Zamawiającego. W tej sprawie Gmina Ełk po zebraniu wszystkich dokumentów złoży stosowne zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ocenił, że okoliczności te potwierdzają motywy działania Odwołującego również w niniejszej sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Pzp, 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.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy Pzp, wobec czego przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia 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 ustawy Pzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w swojej argumentacji przedstawionej we wniosku nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek, o której mowa w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przesłanki wskazanej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne, której przedmiotem jest wykonanie usługi Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Etłk, 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. Zamawiający nie podał dostatecznych argumentów pozwalających na zastosowanie przedmiotowej instytucji, w szczególności zaś nie wykazał, że skutkiem niezawarcia umowy w określonym terminie może być uszczerbek dla interesu publicznego na tyle duży, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań Zamawiającego, w tym prawa wykonawcy wnoszącego odwołanie, do ochrony jego interesu prywatnego.

W ocenie Izby w treści wniosku nie przedstawiono dostatecznego uzasadnienia, które faktycznie wyjaśniałoby dlaczego przywoływane negatywne skutki dla interesu publicznego miałyby przewyższać korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w tym interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie. Do przedmiotowej kwestii wniosek w sposób merytoryczny w zasadzie w ogóle się nie odnosi, podczas gdy to właśnie wykazanie tej okoliczności przesądza o zasadności wniosku. Ustawodawca przyznaje bowiem prymat ochronie prawa wykonawców do korzystania z środków ochrony prawnej, a ograniczenie tego prawa może mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach nadzwyczajnych, odpowiednio przez Zamawiającego wykazanych. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba wskazuje, iż wnosząc o uchylenie zakazu zawarcia umowy na ww. podstawie, zadaniem Zamawiającego było uprawdopodobnić, że odwołanie nie zostało wniesione w celu ochrony interesu wykonawcy zmierzającego do poddania kontroli merytorycznej przez Izbę decyzji Zamawiającego pozbawiającej wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia, lecz w innym celu, ukrytym pod pozorem skorzystania z prawa wniesienia środka ochrony prawnej, a mianowicie w celu uniemożliwienia udzielenia zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający powyżej okoliczności nie uprawdopodobnił, opierając wniosek wyłącznie na własnym, niczym nie popartym przypuszczeniu.

Po pierwsze, już samo poprzestanie na przedstawieniu tak lakonicznego uzasadnienia powoduje bezzasadność wniosku. Po drugie, sama subiektywna ocena Zamawiającego w tym przedmiocie oparta na gołosłownych przypuszczeniach nie może stanowić podstawy do uznania, że wykonawcy wnoszącemu odwołanie przyświecał zamiar inny niż ochrona jego interesów. Po trzecie, z twierdzeń Zamawiającego można wywieść wniosek, że w jego ocenie – odwołanie jest bezzasadne, czego Izba na obecnym etapie stwierdzić nie może. Izba rozpoznając wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu. Po czwarte należy jeszcze zwrócić uwagę na brzmienie art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, które referuje wprost do czynności „wniesienia odwołania wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy”. Oznacza to, że zamiar uniemożliwienia zawarcia umowy jest jedynym celem wykonawcy i w kontekście niniejszej sprawy oznacza, iż wykonawca nie zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia w sytuacji gdyby było ono udzielane w trybie konkurencyjnym. W przedmiotowym przypadku trudno uznać, aby Odwołujący wnosząc odwołanie działał w takim właśnie celu.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba w oparciu o art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji, 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 zdanie 2 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....