

Sygn. akt: KIO/W 8/23

POSTANOWIENIE
z dnia 2 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 2 czerwca 2023 r. w Warszawie wniosku z dnia 26 maja 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – **Gminę Walim, ul. Boczna 9, 58-230 Walim**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Walim II”.

postanawia:

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

U z a s a d n i e

Gmina Walim, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Walim II”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00185840.

W dniu 26 maja 2023 r. (pismem z dnia 25 maja 2023 r.) Zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy wskazując, iż czyni to w związku z wniesieniem odwołania przez wykonawcę ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Odwołującym”.

W uzasadnieniu złożonego wniosku Zamawiający podniósł, że pomimo wagi, jaką posiada zabezpieczenie interesów prywatnych, ustawodawca przewidział przypadki, w których interes publiczny będzie postawiony wyżej, gdyż ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane przez uniknięcie strat spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego. Interes publiczny przeważa w natychmiastowym zawarciu umowy nad koniecznością ochrony interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie oraz ogólną zasadą ochrony praworządności poprzez rozpoznanie odwołania we właściwym trybie. Pomimo braku definicji interesu publicznego w komentowanym przepisie warto odwołać się do uchwały TK z 12.3.1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego jest już trzecim postępowaniem w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu gminy. W poprzednio prowadzonych postępowaniach występują te same podmioty. Za każdym razem oferty składane były przez trzy podmioty PPHU SAP BUD, MZUK Sp. z o.o. Wałbrzych oraz ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o.

Ogłoszenie pierwszego postępowania nastąpiło w dniu 24.10.2022 r., natomiast drugiego w dniu 13.01.2023 r.

Zamawiający był związany dotychczas umową z wykonawcą ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. obowiązującą do dnia 31.12.2022 r. Wskutek konieczności powtórzenia postępowania zaistniała konieczność powierzenia w ramach usług uzupełniających dalszy odbiór i zagospodarowanie odpadów wykonawcy ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o.

W żadnym z postępowań Odwołujący nie złożył oferty cenowej chociażby zbliżonej do ceny wyłonionego wykonawcy. Powtórzone postępowanie umożliwiło wykonawcom ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. oraz MZUK Sp. z o.o. Wałbrzych dokonanie kalkulacji oraz złożenie konkurencyjnych cenowo ofert.

Dla Gminy Walim najistotniejsze pozostaje kryterium kosztowe czyli powierzenie usługi wykonawcy, który zaoferuje najniższą cenę usługi. Po dwóch otwarciach ofert potwierdzono, że najniższą cenę nadal oferuje wykonawca PPHU SAP BUD. Co więcej Odwołujący ostatecznie, czyli po ponownym obliczeniu kosztów wykonania uplasował się na miejscu ostatnim. Oznacza to, że nie tylko przegrał konkurencję z wyłonionym wykonawcą ale także z drugim z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Dwa kolejne postępowania dowodzą, że nadal najkorzystniejszą ofertą pozostaje oferta wykonawcy PPHU SAP BUD. Sytuacja ta nie ulegnie zmianie, natomiast składane odwołanie zmierza jedynie do uniemożliwienia zawarcia umowy. Celowość tego działania wynika z faktu, że najdroższy oferent obecnie świadczy usługi dla Gminy Walim w ramach zamówienia uzupełniającego.

Obecna wartość w skali miesiąca umowy z ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. wynosi 99 072,97 podczas gdy przeliczając na wartość z oferty wykonawcy PPHU SAP BUD wynosiłaby 56 563,17 z pierwszego postępowania oraz 58 966,17 z obecnego postępowania (dane do obliczeń za miesiąc kwiecień 2023 r.). Jedynym motywem działania Odwołującego jest zatem przedłużenie postępowania w celu uzyskania dalszego zamówienia w trybie ograniczającym konkurencję po cenie znacznie wyższej niż rynkowa.

Uchylenie zakazu zawarcia umowy w oparciu o przesłankę z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest możliwe w sytuacji, w której uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Gmina ponosi zatem faktycznie wyższe koszty niż w przypadku rozstrzygnięcia postępowania.

Uchylenie zakazu zmierza zatem do urealnienia ceny obecnie wykonywanej usługi i umożliwiłoby Zamawiającemu zawarcie umowy na czas rozstrzygnięcia odwołania po cenach rynkowych. Zwiększone koszty prowadzą do istotnych konsekwencji o charakterze społecznym ponieważ wydatkowane są środki budżetowe JST, które mogłyby zostać spożytkowane na ważne cele społeczne. Jedynym interesem, który obecnie chroni zakaz jest możliwość dalszego świadczenia usługi przez najdroższego spośród wykonawców.

Uchylenie zakazu nie będzie w żaden sposób naruszało żadnych ważnych interesów wykonawców, czy interesu społecznego. Instytucja wstrzymania wykonania umowy ma charakter wyjątkowy i uzasadnia ją niniejsza nadzwyczajna sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego w postaci zwiększonych kosztów usług zważywszy na wartości ofert.

Uchylenie zakazu przewyższa wszystkie okoliczności związane z koniecznością ochrony interesu jednego wykonawcy, który mógłby doznać uszczerbku na skutek zawarcia umowy.

Fakt oferowania przez Odwołującego dwukrotnie ceny znacznie przewyższającej ofertę najkorzystniejszą oraz wartość, którą Zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia, nie tylko uprawdopodobnia ale wręcz dowodzi faktu, że Odwołujący nie ma możliwości złożyć konkurencyjnej oferty i tym samym uzyskać zamówienia. Gdyby nie był podmiotem obecnie świadczącym usługi faktycznie nie byłoby uzasadnienia dla składania odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W dniu 22 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Walim II”.

Odwołanie dotyczy niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PPHU SAP-BUD i zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że wykonawca ten – w ocenie Odwołującego - podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu.

W dniu 26 maja 2023 r. (pismem z dnia 25 maja 2023 r.) Zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Art. 577 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zakaz ten może zostać uchylony przez Izbę w trybie art. 578 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że:

“1. Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577.

2. 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.”.

Uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Jest to więc instytucja wyjątkowa, której zastosowanie uzasadnia tylko nadzwyczajna sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), bądź też Zamawiający uprawdopodobni, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy (art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Zamawiający – jak wynika z treści przedmiotowego wniosku – wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, powołując się na wystąpienie przesłanek określonych w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający, uzasadniając złożony wniosek, podniósł iż prowadził trzy postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia i w każdym z tych postępowań wykonawca ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. a więc wykonawca, który w tym konkretnym postępowaniu złożył odwołanie, ubiegał się o jego udzielenie. W każdym z tych postępowań cena oferty tego wykonawcy była najwyższa. Co więcej w każdym z tych postępowań

wykonawca ten wnosił odwołanie. A ponadto wykonawca ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. dotychczas wykonywał tę usługę i w ramach zamówień uzupełniających obecnie ją wykonuje. Koszt miesięczny świadczonej przez niego usługi jest wyższy niż koszt wynikający z oferty wybranej za najkorzystniejszą. Okoliczności te - w ocenie Zamawiającego – mają świadczyć o tym, że odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu wniesione zostało w celu uzyskania dalszego zamówienia w trybie ograniczającym konkurencję po cenie znacznie wyższej niż rynkowa, a więc w celu uniemożliwienia zawarcia umowy z wybranym wykonawcą.

Argumenty podnoszone przez Zamawiającego odnoszą się do okoliczności związanych z wniesieniem przez wykonawcę odwołań w postępowaniach prowadzonych o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym odwołania, które stało się podstawą złożonego wniosku. Wniesienie odwołania miałyby być takim działaniem wykonawcy ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o., które ma na celu uniemożliwienie zawarcia umowy z wybranym przez Zamawiającego wykonawcą. Tymczasem wniesienie środka ochrony prawnej stanowi uprawnienie wykonawcy i przejaw dążenia do uzyskania zamówienia. Działania takiego nie można więc oceniać jako ukierunkowanego na nieuzasadnione przedłużenie postępowania. Odwołujący wnosząc odwołanie skorzystał z przysługującego mu prawa. W dniu 16 maja 2023 r. został bowiem poinformowany przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty (oferty wykonawcy PPHU SAP BUD) i w dniu 22 maja 2023 r. wniósł odwołanie, kwestionując czynność Zamawiającego. Z prawa tego – jak wskazał Zamawiający - korzystał także i we wcześniej wszczętych postępowaniach. Zaskarżeniu odwołaniem podlegają bowiem czynności podjęte i zaniechane w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Okoliczności uzasadniającej uchylenie zakazu zawarcia umowy nie może także stanowić różnica pomiędzy miesięcznym kosztem aktualnie realizowanej usługi świadczonej obecnie przez Odwołującego a kosztem takiej usługi o ile byłaby ona realizowana przez wybranego wykonawcę. Koszt miesięczny usługi wykonywanej obecnie przez Odwołującego jest kosztem wynikającym z udzielonego temu wykonawcy zamówienia uzupełniającego. Natomiast koszt usługi wybranego wykonawcy, do którego odwołuje się w złożonym wniosku Zamawiający, wynika ze złożonej przez tego wykonawcę oferty, która w odwołaniu jest kwestionowana. Tak więc uchylenie zakazu zawarcia umowy nie byłoby urealnieniem ceny świadczenia tej usługi, na którą to okoliczność wskazał także Zamawiający, ale w tym konkretnym stanie faktycznym prowadziłyby do obejścia przepisów ustawy Pzp. Zamawiający będący Zamawiającym publicznym – jednostką samorządu terytorialnego zobowiązany jest bowiem do bezwzględnego stosowania procedur wynikających z ustawy Pzp i na ich podstawie udzielać zamówienia.

Zamawiający nie wykazał także, że 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, odwołując się w tym zakresie jedynie do definicji zawartej w uchwale Trybunału Konstytucyjnego i okoliczności już wyżej wskazanych. Zastosowanie tej przesłanki „nie może wynikać z działań, które obciążają zamawiającego, typu przedłużającego się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego lub zbyt późne jego wszczęcie czy też istnienie aktualnie korzystnej koniunktury i warunków do realizacji zamówienia. Dlatego też interes publiczny nie może być utożsamiany z z interesem zamawiającego.” (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Wł. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, Warszawa 2021)

Stwierdzić także należy, że Izba rozpoznając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie ocenia merytorycznie odwołania, a przewidywania co do rodzaju przyszłego rozstrzygnięcia sprawy nie mogą być rozstrzygające dla oceny przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał, że 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, jak również nie wykazał, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. To bowiem Zamawiający powinien w sposób przekonujący i nie budzący wątpliwości wykazać wystąpienie przesłanek, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 lub pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast Zamawiający ich wystąpienia nawet nie uprawdopodobnił. Okoliczności przytoczone przez Zamawiającego we wniosku nie stanowią wystarczającej podstawy do przyjęcia, że zaistniały podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 578 ust 4 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....

.....