

POSTANOWIENIE
z dnia 22 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 22 grudnia 2021 r., w Warszawie, wniosku z dnia 17 grudnia 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Gminę Gniewoszków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „usługi polegające na odbieraniu i zagospodarowaniu stałych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Gniewoszków oraz z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK)”

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Uzasadnienie

22 grudnia 2021 r. Zamawiający – Gmina Gniewoszków złożył wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na „usługi polegające na odbieraniu i zagospodarowaniu stałych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Gniewoszków oraz z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK)”, ogłoszonym 18 listopada 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00273778, przed rozstrzygnięciem odwołania wniesionego 15 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Puławach (sygn. akt KIO 3640/21).

W złożonym odwołaniu odwołujący – Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) przez jego niezastosowanie i dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „Ma-Ga” M. G., M. G., D. K.. Spółka jawna z siedzibą w Radomiu oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia ww. oferty.

Zamawiający, w oparciu o art. 578 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że odwołujący składając ofertę najdroższą i wnosząc odwołanie zmierza do przedłużenia postępowania, co wiąże się z niezachowaniem terminu realizacji zamówienia i brakiem możliwości zapewnienia czystości i higieny na terenie gminy, zaś to stwarza zagrożenie epidemiologiczne na tym obszarze w związku z pandemią wirusa SARS-CoV-2 i możliwością jego rozprzestrzenienia się wśród lokalnej społeczności.

Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, 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 lub zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Jednym z kluczowych zadań własnych gminy, określonym w art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, jest utrzymanie czystości i porządku, zaś ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazuje, że to gmina jest zobowiązana do zorganizowania odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących od mieszkańców danej gminy. W oparciu o obowiązujące przepisy zadanie polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych nie jest tożsame z interesem zamawiającego, zaś służy wyłącznie realizacji interesu publicznego, jakim jest utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy poprzez zapewnienie regularnego odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na rzecz mieszkańców gminy. Obecnie zawarta umowa obowiązuje do 31 grudnia 2021 r. W przypadku braku możliwości zawarcia przez Zamawiającego umowy w wyniku prowadzonego obecnie postępowania do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze od 1 stycznia 2021 r. mieszkańcy zostaną pozbawieni możliwości odbioru odpadów komunalnych przez wyspecjalizowany podmiot, posiadający stosowne uprawnienia. W konsekwencji, w wyniku niezawarcia

przedmiotowej umowy powstanie zagrożenie dla zdrowia i życia mieszkańców gminy poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego możliwości odbioru odpadów komunalnych, co ma szczególne znaczenie przede wszystkim z uwagi na trwającą epidemię wirusa SARS-CoV-2. W obecnej rzeczywistości wszystkie te czynności są bardzo istotne i ważne, gdyż są ściśle związane z zabieganiem zarażeniom i zakażeniom koronawirusem SARS-CoV-2 i możliwością jego rozprzestrzenienia się wśród mieszkańców.

W ocenie Zamawiającego niezawarcie umowy umożliwiającej odbieranie odpadów komunalnych od 1 stycznia 2022 r. spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego jednocześnie 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.

Nie budzi żadnych wątpliwości, że treść oferty winna być zgodna z warunkami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie z treścią specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wymagał m.in. wskazania w ofercie instalacji, w tym instalacji komunalnych, do których wykonawca będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne. Wskazany zapis w treści specyfikacji warunków zamówienia i formularza oferty oraz żądanie informacji w tym zakresie stanowi wykonanie przez Zamawiającego obowiązku ujętego art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, zgodnie z którym wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia zobowiązuje do wskazania instalacji w ofercie.

Odwołujący zarzuca, że oferta złożona przez wybranego wykonawcę nie zawiera wskazania instalacji, a jej treść podpisana elektronicznie pomija punkt nr 4, zawierając następujące po sobie punkty nr 3 i 5. Zarzut ten jest całkowicie bezzasadny. Wybrany wykonawca uczynił zadość żądaniu, tj. na stronie 5. formularza ofertowego wskazał przedmiotowe instalacje, zastrzegając w treści oferty, iż informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w tym zakresie, czego Zamawiający nie kwestionował.

W związku z powyższym zdaniem Zamawiającego odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Po zapoznaniu się z przedmiotowym wnioskiem Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem w stosunku do istnienia generalnego zakazu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego do chwili rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę (art. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu,

a z drugiej strony także interes zamawiającego (w tym finanse publiczne) poprzez przeprowadzenie przez Izbę kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kwestionowanym zakresie – skoro już na tym etapie pojawiły się wątpliwości co do poprawności działania zamawiającego, które może potencjalnie doprowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu i tym samym spowodować negatywne konsekwencje dla interesu publicznego i finansów publicznych. Jako wyjątek od reguły możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przewidziana w art. 578 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega więc stosowaniu zgodnie z zasadami przewidzianymi dla wyjątków, czyli ściśle i z zachowaniem ostrożności przy ustalaniu możliwości ich zastosowania w danym stanie faktycznym, musi też być należycie uzasadniona.

Przepis art. 578 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że 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.

Konieczne jest zatem wykazanie, że niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony interesów, o których mowa w punkcie 1. lub wykazanie (co najmniej uprawdopodobnienie), że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy – co powinien zrobić dany zamawiający wnoszący o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego przedstawioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz zarzuty odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiający w niniejszym przypadku nie wykazał, iż niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie powodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony interesów wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia ani nie wykazał, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że termin posiedzenia przed Izbą został wyznaczony na 29 grudnia 2021 r., co – w przypadku gdy stanowisko Zamawiającego o poprawności

wybranej oferty jest słuszne – pozwoli Zamawiającemu na zawarcie umowy przed 1 stycznia 2022 r.

Po drugie należy zwrócić uwagę na datę wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro Zamawiający przedmiotowe postępowanie ogłosił dopiero 18 listopada 2021 r., powinien był wziąć pod uwagę, że może ono potrwać na tyle długo, że nie będzie w stanie zawrzeć umowy przed 31 grudnia 2021 r. Należy zauważyć, że w postępowaniach odwołania najczęściej wnoszone są dwukrotnie – na etapie opublikowania specyfikacji warunków zamówienia w związku z jej postanowieniami oraz na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem owe potencjalne dwukrotne odwołania zamawiający powinien uwzględniać w terminarzu danego postępowania. Również fakt, że w związku z zakończeniem obecnie obowiązującej umowy 31 grudnia 2021 r. Zamawiający będzie musiał zlecić kontynuację odbioru odpadów od 1 stycznia 2022 r., nie jest okolicznością nieprzewidywalną i następującą niespodziewanie. Zatem nie ma podstaw, by okolicznością tą obciążać wykonawcę wnoszącego odwołanie poprzez pozbawienie go możliwości realnej kontroli poprawności postępowania, a nie dopiero *post factum*, po zawarciu umowy.

Także uzasadnienie złożonego wniosku Zamawiający oparł jedynie na stwierdzeniu, że obecnie zawarta umowa na odbiór odpadów obowiązuje do 31 grudnia 2021 r., a w przypadku braku możliwości zawarcia przez Zamawiającego umowy w wyniku prowadzonego obecnie postępowania do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze od 1 stycznia 2021 r. mieszkańcy zostaną pozbawieni możliwości odbioru odpadów komunalnych przez wyspecjalizowany podmiot, jak również, że w obecnej rzeczywistości czynności odbioru są istotne, gdyż są ściśle związane z zabieganiem zarażeniom wirusem SARS-CoV-2 i możliwością jego rozprzestrzeniania się wśród mieszkańców.

Oczywiste jest, że obowiązek nieprzerwanego odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców gminy na Zamawiającym spoczywa i – podobnie jak większość zamówień publicznych – także i ten obowiązek realizowany jest dla osiągnięcia jakiegoś celu publicznego. Jednak samo stwierdzenie takie nie oznacza jeszcze, że wniosek został należycie uzasadniony w świetle przesłanek przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza w zakresie ochrony interesu wykonawcy wnoszącego odwołanie, który kwestionuje poprawność czynności Zamawiającego i który, poprzez uchylenie zakazu zawarcia umowy przed rozstrzygnięciem odwołania, w istocie zostanie pozbawiony ochrony w ramach środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Nie oznacza też, że bez uchylenia zakazu zawarcia umowy Zamawiający nie może takiego obowiązku realizować, bowiem ustawa Prawo zamówień

publicznych przewidziała również narzędzia, z których może skorzystać Zamawiający, by realizować zadania, do których jest zobowiązany.

Zamawiający nie wskazał też, jaki jest realny medyczny lub sanitarno-epidemiologiczny związek pomiędzy odbiorem odpadów a rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, którego rozprzestrzenianie co do zasady następuje w inny sposób niż przez odpady.

Co do kwestii uprawdopodobnienia, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy, gdyż oferta złożona przez wybranego wykonawcę zawiera wskazanie instalacji, lecz w części stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, że wobec braku dokumentacji postępowania obecnie nie może ustalić faktycznego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też – przede wszystkim, czy o fakcie tym, tj. istnienia innych niż jawne części oferty wybranego wykonawcy – odwołujący został w ogóle poinformowany wnioskuje o wgląd do treści oferty konkurenta. Ma to o tyle znaczenie merytoryczne, że w związku z powyższym nie można stwierdzić, czy odwołujący odwołanie wniósł w słusznym przekonaniu o konieczności obrony swoich praw wobec zaniechania odrzucenia oferty, która takiemu odrzuceniu podlega, czy jedynie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy lub jego opóźnienia.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności przedstawione w uzasadnieniu wniosku nie są wystarczającą podstawą uchylecia zakazu zawarcia umowy w rozumieniu art. 587 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem Izba postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 587 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: