

Sygn. akt: KIO/W 4/22

POSTANOWIENIE
z dnia 25 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 25 lutego 2022 r., w Warszawie, wniosku z dnia 23 lutego 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Gminę Skarżysko Kamienna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Skarżysko-Kamienna od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Uzasadnienie

23 lutego 2022 r. Zamawiający – Gmina Skarżysko Kamienna złożył wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Skarżysko-Kamienna od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”.

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 przedmiotowe zamówienie obejmuje usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Skarżysko Kamienna. Usługa ta nabiera szczególnego znaczenia w warunkach ogłoszenia stanu epidemii wprowadzonego w dnia 20 marca 2020 r, na podstawie ROZPORZĄDZENIA

MINISTRA ZDROWIA z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (tj. Dz.U. z 2022 poz. 340).

Zamawiający wskazał, że musi zabezpieczyć odbiór odpadów, zwłaszcza w sytuacji, jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby, w tym epidemii COVID-19 lub czy wymaga tego ochrona zdrowia publicznego — zachodzi tu uzasadniona potrzeba natychmiastowego zakupu usługi ukierunkowanej również na zapobieganie i zwalczania zakażeń u ludzi. Brak zapewnienia odbioru odpadów mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Zamawiający wskazał, że osoby będące na kwarantannie wyrzucają swoje odpady, bo nie sposób wyobrazić sobie, aby przez 14 dniowy okres kwarantanny odpady zalegały w mieszkaniu. Osoby te powinny co prawda odczekać 72 godziny od zamknięcia worka — przed przekazaniem worka z odpadami do odbioru. W miarę możliwości powinny worek spryskać preparatem wirusobójczym. Powinny zapełniać go tylko do 3/4 objętości i nie związywać. Zrobić to powinna osoba wynosząca worek z miejsca izolacji. Ta osoba powinna umieścić worek w drugim worku, zawiązać go i zabezpieczyć przed przypadkowym otwarciem. Worek z odpadami powinna przenieść w rękawiczkach do miejsca przeznaczonego do gromadzenia odpadów i umieścić w oznakowanym pojemniku przeznaczonym na te odpady. Tak powinno być, ale nikt tego nie zagwarantuje, tym samym odpady te stanowią szczególne zagrożenie, W tym stanie sanitarno-epidemiologicznym usługa odbioru odpadów jest niezbędna również w aspekcie podejmowania działań, by zminimalizować możliwości rozprzestrzeniania się wirusa.

Zamawiający odwołał do art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz.U. z 2021 poz.289) zwalniającej z odpowiedzialności w przypadku działania lub zaniechania podjętego wyłącznie w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego. Ustawodawca terminem tym określa sytuacje wywołane przez czynniki zewnętrzne, których nie można przewidzieć z pewnością, w szczególności zagrażające bezpośrednio życiu lub zdrowiu ludzi lub grożące powstaniem szkody niewspółmiernie większej niż spowodowana działaniem lub zaniechaniem naruszającym dyscyplinę finansów publicznych. Zamawiający realizujący zadania z zakresu ochrony zdrowia, w sytuacji gdy na jej obszarze działania występuje rosnąca liczba przypadków zakażenia wirusem SARS-CoV-2- działając w oparciu o wskazaną powyżej podstawę tj. art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wnosi o uchylenie zakazu zawarcia umowy z uwagi na negatywne skutki dla interesu publicznego.

Zamawiający wskazał, że gospodarowanie odpadami ma szczególne znaczenie dla zapewnienia bezpieczeństwa sanitarno - epidemiologicznego. Potrzeba odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Gminy Skarżysko — Kamienna ma charakter trwały, stały, nieprzerwany. Brak zawarcia umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego wspólnoty gminnej, które to przewyższyłyby 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. Przedmiot zamówienia uzasadnia stwierdzenie istnienia zagrożenia dla interesu publicznego. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec której odwołujący formułuje zarzuty, jednakże ewentualne rozstrzygnięcie korzystne dla odwołującego nie będzie prowadzić wprost do wyboru oferty przez niego złożonej, jako że środki zabezpieczone na realizację przedmiotowego zamówienia przekraczają cenę oferty odwołującego, a zatem odwołanie nie musi doprowadzić do zmiany wyniku postępowania, w szczególności na korzyść odwołującego.

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 odwołań 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 odwołań 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.

Po pierwsze Izba zwraca uwagę, że z uzasadnienia wniosku o uchylenie zakazu nie wynika do kiedy obowiązuje umowa na podstawie której, Zamawiający obecnie realizuje zadanie związane z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych na terenie gminy. Zamawiający załączył wyłącznie informację z zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, jednakże nie daje ona żadnych podstaw do określenia jakiegokolwiek ryzyka braku odbioru odpadów na terenie gminy. Nie pozwala również ustalić czy Zamawiający wszczął postępowanie z odpowiednim wyprzedzeniem, tak aby zakończyć postępowanie przed upływem terminu realizacji obecnej umowy. Zatem nie ma podstaw by obciążać wykonawcę wnoszącego odwołanie nieujawnionymi przez Zamawiającego okolicznościami poprzez pozbawienie go możliwości realnej kontroli poprawności postępowania, a nie dopiero *post factum*, po zawarciu umowy.

Ponadto, Izba wskazuje, że uzasadnienie złożonego wniosku Zamawiający oparł jedynie na stwierdzeniu, że niezawarcie umowy spowoduje, że 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 więcej, w obecnych realiach większość restrykcji została zniesiona w związku ze spadkiem liczby zachorowań oraz realizowanym programem szczepień.

Co do kwestii uprawdopodobnienia, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy, gdyż oferta złożona przez wybranego wykonawcę jest zgodna ze SWZ, Izba zauważa, że Zamawiający przedstawił własną interpretację zarzutów postawionych przez Odwołującego i przyjętą przez Zamawiającego interpretacji SWZ na etapie badania i oceny ofert. Nie sposób tym samym uznać, że odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Zdaniem Izby pomiędzy stronami istnieje spór co do sposobu interpretacji wymagań Zamawiającego. 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: