

Sygn. akt: KIO/W 114/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 23 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel – Kowalczyk  
Członkowie: Emil Kuriata  
Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 grudnia 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 21 grudnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego: **Gminę Radłów** z siedzibą w Radłowie przy ul. Kolejowej 7 (33-130 Radłów),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Radłów, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Radłowie, w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r.*, w którym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane z Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2020r. pod numerem 2020/S 202-489967,

**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**

Zamawiający – Gmina Radłów, pismem z dnia 21 grudnia 2020 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej tego samego dnia za pomocą poczty elektronicznej, na

podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Radłów, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Radłowie, w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r.*, w związku z wniesieniem odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. oraz Conteko Sp. z o.o. W dniu 16 października 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu dotyczące przedmiotowego postępowania pod numerem 2020/S 188-45235.

Zamawiający podniósł w uzasadnieniu wniosku, że nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla ważnego 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. Dalej Zamawiający podniósł, iż wszczął postępowanie na Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Radłów, na których zamieszkują mieszkańcy oraz PSZOK w Radłowie w dniu 22 lipca 2020 roku. Do dnia 24.08.2020 r. tj. do upływu terminu składania ofert, do Zamawiającego wpłynęła 1 oferta, której cena wynosiła 3.659.217,12 zł, przewyższając tym samym kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 1.750.000,00 zł. Zamawiający poinformował, że podjął decyzję o unieważnieniu w/w postępowania, przez wzgląd na fakt, iż cena oferty z najniższą ceną, przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Następnie w dniu 31 sierpnia 2020 roku Zamawiający wszczął nowe postępowanie na Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Radłów, na których zamieszkują mieszkańcy oraz PSZOK w Radłowie. Do dnia 01.10.2020 r. tj. do upływu terminu składania ofert, do Zamawiającego wpłynęły 2 oferty. Oferta z najniższą ceną, która wynosiła 2.870.411,04 zł, przewyższała kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 1.750.000,00 zł. Zamawiający w dniu 12 października 2020 roku po raz drugi unieważnił postępowanie. Następnie w dniu 16 października 2020 roku Zamawiający wszczął trzecie postępowanie na Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Radłów, na których zamieszkują mieszkańcy oraz PSZOK w Radłowie, w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r. W dniu 7 grudnia 2020 roku została wybrana oferta Wykonawcy: P.U.H. EcoTech K.W., ul. Tadeusza Kościuszki 65c, 28-130 Stopnica. Cena ofertowa brutto - 2.608.200,00 zł, była najniższą i najkorzystniejszą dla lokalnej wspólnoty samorządowej. Umowa w sprawie niniejszego zamówienia publicznego, mogła zostać

zawarta zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, po dniu 17.12.2020 r. Ostatniego dnia Konsorcjum FBSerwis Karpatia Sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów - Lider Konsorcjum oraz Conteko Sp. z o.o., ul. Woleńska 15, 33-130 Radłów - Partner Konsorcjum złożyło odwołanie do KIO.

Zamawiający wskazał, że z uwagi na fakt, iż dotychczasowa umowa ulega rozwiązaniu z upływem roku 2020, zobligowany jest zachować ciągłość w realizacji zadań nałożonych przepisami powszechnie obowiązującego prawa i dlatego też składa wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego ważny interes publiczny wyraża się następująco:

- 1) przedmiotem zamówienia jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Radłów z sołectw: Niwka, Brzeźnica, Łęka Siedlecka, Siedlec, Sanoka, Glów, Biskupice Radłowskie, Zabawa, Zdrohec, Marcinkowice, Przybysławice, Wał - Ruda, Wola Radłowska i Miasto Radłów w gminie Radłów a także z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych Radłowie oraz zagospodarowanie odebranych odpadów, poprzez odzysk lub unieszkodliwienie, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowanie do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania;
- 2) Zamawiający wymagał od Wykonawcy wyposażenia nieruchomości zamieszkałych w pojemniki na odpady zmieszane oraz worki do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych do końca 2020 roku, a konieczny czas na wywiązanie się z tego obowiązku to około 7 dni roboczych (zakup pojemników i dostawa do Wykonawcy pojemników to 2 dni robocze, a ich dostarczenie do każdego mieszkańca to około 5 dni roboczych).

Z kolei jako negatywne skutki dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na nie zawarcie umowy, Zamawiający wskazał:

- 1) brak możliwości odbioru odpadów komunalnych od 7630 osób z terenu gminy Radłów, w tym przede wszystkim brak możliwości zagospodarowania popiołu i bioodpadów;
- 2) z końcem roku rozwiązuje się umowa z dotychczasowym wykonawcą, który będzie uprawniony od odbioru swoich pojemników na odpady od każdego mieszkańca, co w sytuacji braku zawarcia umowy z nowym Wykonawcą, uniemożliwi mieszkańcom i gminie realizację obowiązków wynikających z:
  - a) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. Nr 701 ze zm.) oraz rozporządzeniami do ustawy,
  - b) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 ze zm.) oraz rozporządzeniami do ustawy,
  - c) Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami, przyjętego uchwałą Sejmiku Województwa Małopolskiego Nr XXXIV/509/ 17 z dnia 27 marca 2017 r. ze zm.,

d) regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Radłów.

W ocenie Zamawiającego wyżej wymienione negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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.

Biorąc pod uwagę okoliczności przedstawione we wniosku, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Stosownie do art. 183 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”. Z kolei przepis art. 183 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 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.

Z powołanych powyżej przepisów wynika, że 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. Uzasadnia go wyłącznie 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.

Rozpoznając złożony w przedmiotowym postępowaniu wniosek, Izba stwierdziła, że wskazane przez zamawiającego okoliczności nie uzasadniają uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Z rysu historycznego przedstawionego przez Zamawiającego, dotyczącego przedmiotowego zamówienia, wynika, iż niemożność jego udzielenia w odpowiednim terminie zasadniczo związana była z faktem, iż oferty z najniższą ceną przewyższały kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ta okoliczność, jak wskazał Zamawiający, była przyczyną dwukrotnego unieważnienia postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych (...). W związku z tym, w ocenie Izby, uzasadnione

było przeprowadzenie weryfikacji ustalonej wartości szacunkowej zamówienia. Jednakże uzasadnieniu przedmiotowego wniosku brak jest informacji czy Zamawiający takie czynności wykonywał. Należyte ustalenie wartości szacunkowej zamówienia, być może, uchroniłoby Zamawiającego przed koniecznością trzykrotnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia i spowodowałoby zawarcie umowy w pożądanym przez Zamawiającego terminie.

Z kolei negatywne skutki dla interesu publicznego Zamawiający upatruje w braku możliwości odbioru odpadów komunalnych od 7 630 osób z terenu gminy Radłów, w tym przede wszystkim brak możliwości zagospodarowania popiołu i bioodpadów oraz w rozwiązaniu z końcem roku umowy z dotychczasowym wykonawcą, który będzie uprawniony do odbioru swoich pojemników na odpady od każdego mieszkańca, co w sytuacji braku zawarcia umowy z nowym Wykonawcą uniemożliwi Zamawiającemu realizację jego prawnych obowiązków.

W ocenie Izby argumenty Zamawiającego odnoszące się do konieczności dokonywania odbioru odpadów w żadnej mierze nie są wystarczającą podstawą uchylecia zakazu zawarcia umowy w rozumieniu art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W złożonym wniosku Zamawiający nie wykazał przekonująco, w jaki sposób termin rozpoznania odwołania może wpłynąć negatywnie na interes publiczny. Zamawiający jest zobowiązany do bieżącego utrzymania czystości i porządku w gminie, jednak nie uzasadnia to zawarcia umowy bez weryfikacji jej poprawności przez Izbę na okres do 31 grudnia 2021 r., zwłaszcza że ustawa Prawo zamówień publicznych daje Zamawiającemu inne, odpowiednie środki prawne do zapewnienia odbioru odpadów do czasu dokonania rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę. Zamawiający w żadnej mierze nie wykazał, aby nie istniały inne rozwiązania prawne przewidziane w przepisach Pzp, umożliwiające zapewnienie we właściwym czasie wykonania usług będących przedmiotem zamówienia. Nie wiadomo na przykład, czy zamawiający analizował możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki do czasu rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie konkurencyjnym.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, iż niezawarcie tej konkretnej umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałby inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu prywatnego.

Dodać również należy, że na etapie rozpatrywania wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu, Izba nie bada ani skuteczności wniesienia odwołania, ani nie analizuje jego zasadności. Nie rozpatruje też zawartych w nim zarzutów, a jedynie ocenia wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wykonawcy składającego środki ochrony prawnej).

W związku z powyższym, Izba postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....