

POSTANOWIENIE
z dnia 24 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 listopada 2020r. w Warszawie wniosku z dnia 19 listopada 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego **Gmina Miasto Marki** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Marki powstałych na nieruchomościach zamieszkałych Sektor 1 – Marki Północne”

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy

**do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia
kończącego postępowanie odwoławcze.**

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Marki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na: *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Marki powstałych na nieruchomościach zamieszkałych Sektor 1 – Marki Północne.”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 sierpnia 2020 r. nr 2020/S 148-363435.

19 listopada 2020r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wniosek ten został złożony w związku z wniesieniem w dniu 13 listopada 2020 r. odwołania przez Wykonawcę M. B. i prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Progres M.B. rozpatrywanego pod sygn. akt KIO 2967/20.

W ocenie Zamawiającego niezawarcie umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, które będą przewyższały korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w tym interesu Odwołującego, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wskazał, że ważny interes publiczny wyraża się następująco:

- 1) niezawarcie umowy może doprowadzić do sytuacji, iż po dniu 1 stycznia 2021 roku odpady komunalne z części miasta Marki, którego dotyczy przedmiotowe zamówienie nie będą odbierane;
- 2) w sytuacji niezawarcia umowy przed 1 stycznia 2021 roku Zamawiający będzie zmuszony do podjęcia czynności, które zmierzały będą do rozważenia udzielenia zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z tej części miasta Marki dotychczasowemu przedsiębiorcy, aby zapewnić ciągłość realizacji usług na rzecz tych mieszkańców.

Negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na niezawarcie umowy, są:

- 1) ryzyko braku odbioru odpadów komunalnych z części miasta Marki, której dotyczy zamówienie po 1 stycznia 2021 roku,
2. niezadowolenie mieszkańców tej części miasta z uwagi na brak odbioru odpadów komunalnych,
- 3) w przypadku powierzenia realizacji usługi dotychczasowemu przedsiębiorcy, wzrost kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów z tej części miasta, co będzie wiązało się z koniecznością pokrycia tych kosztów z budżetu miasta Marki, co w sytuacji związanej z epidemią wirusa SARS-CoV-2 dodatkowo wpłynie negatywnie na budżet miasta Marki,
- 4) konieczność rozważenia podniesienia wszystkim mieszkańcom miasta Marki opłaty z tytułu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, celem pokrycia wzrostu kosztów, o którym mowa w pkt. 3 powyżej.

Wyżej wymienione negatywne skutki dla interesu publicznego, w ocenie Zamawiającego, przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w tym interesu Odwołującego, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający zwrócił również uwagę na fakt iż Odwołujący nie jest już związany swoją ofertą (termin związania ofertą oraz termin ważności gwarancji wadialnej upłynął w dniu 08.11.2020r., a więc przed dniem wniesienia odwołania). W konsekwencji Odwołujący wnosząc odwołanie, w efekcie którego konieczne byłoby powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, nie jest w stanie wykazać interesu w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody, rozumianej w tym wypadku jako utrata możliwości pozyskania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepis art. 183 ust. 2 zdanie 2 Pzp uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza na wniosek zamawiającego może uchylić zakaz zawarcia umowy do czasu wydania orzeczenia w sprawie, *„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”*. Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przez wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako wyjątek od ww. zasady nie może być interpretowany rozszerzająco. Jak wynika z przywoływanego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałby inne interesy.

Przede wszystkim rozpoznając wniosek, o którym mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie rozstrzyga o wyniku postępowania, które jest rozpoznawane w ramach postępowania odwoławczego. Izba nie przeprowadza na tym etapie badania i oceny dokumentów w postępowaniu odwoławczym pod kątem rozstrzygnięcia odwołania. Przy wydaniu niniejszego postanowienia pominięto zatem - jako bezprzedmiotową - uwagę Zamawiającego odnoszącą się do upływu terminu związania ofertą Odwołującego.

Zamawiający nie wykazał, aby nie było możliwe zapewnienie wykonywania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Zamawiający przyznał w treści wniosku, że istnieją inne rozwiązania prawne przewidziane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, umożliwiające zapewnienie ciągłości realizacji zamówienia odbioru odpadów, np. udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki do czasu wyłonienia wykonawcy w postępowaniu.

Zamawiający wskazał w treści wniosku, że świadczenie nowej usługi miałyby rozpocząć się 1 stycznia 2021 roku. Na chwilę rozpoznawania wniosku, Zamawiający ma więc zapewnioną ciągłość realizacji usługi jeszcze przez 42 dni. Zamawiający nie wykazał, aby nie było możliwe wyłonienie wykonawcy w tym okresie. Czas wyłonienia wykonawcy w postępowaniu przetargowym zależy od sprawności działania Zamawiającego.

Co więcej, na chwilę rozpoznania wniosku został już wyznaczony termin posiedzenia i rozprawy w celu rozpoznania odwołania – określony na 26 listopada br.

W tej sytuacji Izba doszła do przekonania, że – na chwilę rozpoznawania wniosku – brak jest podstaw do stwierdzenia, że odpady komunalne nie będą odbierane. Ponieważ Zamawiający nie wykazał, że nie jest realne wyłonienie wykonawcy w postępowaniu przetargowym w ciągu kilkudziesięciu dni, które pozostały do 01 stycznia 2021 roku, to argument o braku odbioru odpadów komunalnych z części miasta Marki (począwszy od tej daty) oraz o niezadowoleniu mieszkańców miasta z tego powodu, należy uznać za bezpodstawny. W konsekwencji, bezpodstawny jest także argument o wzroście kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów z części miasta i rozważeniu podniesienia wszystkim mieszkańcom miasta Marki opłaty z tytułu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Tym bardziej, że są to okoliczności przyszłe, niepewne. Należy mieć na uwadze, że procedura udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest przeprowadzana w formie negocjacji z wykonawcą i wysokość opłat w tej sytuacji będzie zależała także od negocjacji prowadzonych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez Zamawiającego w sposób uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 3 i ust. 4 Prawo zamówień publicznych uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: