

Sygn. akt: KIO/W 40/21

POSTANOWIENIE
z dnia 23 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 kwietnia 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 16 kwietnia 2021 r. (wpływ: 20 kwietnia 2021 r.) o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Zamawiających w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022” (znak postępowania: DIR.271.1.2021)

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

W dniu 20 kwietnia 2021 r. Zamawiający wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022” (znak postępowania: DIR.271.1.2021).

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lutego 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00011450/01.

Wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze trybu i wszczęciu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki 8 marca 2021 r. odwołania wnieśli następujący wykonawcy: ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy [dalej „Odwołujący 1”] oraz Spółka Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie [dalej „Odwołujący 2”].

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że:

1. Niezawarcie umowy może 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.

1) W powyższym zakresie Zamawiający podali, iż zwłoka w zawarciu umowy będącej wynikiem wniesionego odwołania będzie powodować negatywne skutki dla interesu publicznego w postaci niemożliwości odbioru odpadów z terenu gminy od mieszkańców, w tym także odbiór przeterminowanych leków i opakowań po lekach pochodzących z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy, a w rezultacie może spowodować:

a) zagrożenie epidemiologiczne,

b) rozwój chorób,

c) zaleganie odpadów na terenach nieruchomości takich jak odór oraz wydzielanie się toksycznych substancji.

d) powstawanie dzikich wysypisk;

e) rozmnażanie i plagę dzikich insektów oraz gryzoni;

f) zanieczyszczenie środowiska na skalę gminy, która jest rozległa terytorialnie;

g) zanieczyszczenie gleby, a gminna jest gminą rolniczą może mieć to skutek ekonomiczny dla rolników

h) skażenie wód powierzchniowych i podziemnych, skażenie roślinności, zmniejszenie emisji gazów oraz pyłów do powietrza.

Zamawiający wskazali na uchwałę Trybunału Konstytucyjnego z 12.3.1997 r. (W 8/96, Legalis) referującą do interesu publicznego rozumianego jako 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.

Uzasadniali, że powyższy interes publiczny przewyższa interes stron nad interesem wszystkich odwołujących i uczestników postępowania, dla których mogłoby zachodzić prawdopodobieństwo doznania uszczerbku. Zamówienie nie polega na robotach budowlanych czy usługach dostawy, a przedmiotem zamówienia miała być obrona słusznego interesu publicznego. Niewykonanie zamówienia w sposób ewidentny przekracza

potrzebę ochrony praw odwołujących się. Tym bardziej, iż udzielenie zamówienia wobec odwołującego nr 2 oraz przystępujących do postępowania nie może w żaden sposób wyrządzić im uszczerbku. Nie prowadzą i nie jest możliwe aby prowadzili usługi na rzecz Zamawiających (gminy wystąpiły ze związku gmin ZGDO, a SGDO świadczy usługi na rzecz członków związku).

2) Następnie Zamawiający wskazali, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 lutego 2021 r. na BIP Gminy Chojna 2021/BZP/00011450/01, w związku ze stanem pandemii postępowanie znacznie się przedłużyło. W dalszym ciągu na dzień złożenia niniejszego wniosku nie została wyznaczona rozprawa, w związku z tym odpady powinny zostać odbierane zgodnie z ustalonym dla mieszkańców harmonogramem. Uzasadniona jest teza o interesie publicznym wynikającym z troski o dobro mieszkańców, ochronę środowiska. Jest także oczywiste, że upływ czasu wpływa niekorzystnie na ww. stan, czemu można przeciwdziałać w wyniku zawarcia umowy ze spółką komunalną w drodze zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający argumentowali, że udzielenie zamówienia podwyższy jakość świadczonych usług, co zapewni mieszkańcom usługę odbierania odpadów na, oczekiwanym dużo wyższym poziomie niż dotychczas. Z pewnością realizacja tego celu służy interesowi publicznemu i jest działaniem pożądanym z punktu widzenia tegoż interesu. Dodatkowo udzielenie zamówienia nie doprowadzi do podwyżek stawek z tytułu odbioru odpadów. Zlecenie zamówienia swojej spółce komunalnej PUK w Chojnie Sp. z o.o. gwarantuje przez szacowany najbliższy okres brak podwyżek tych opłat, pomimo zwiększenia opłaty tzw. marszałkowskiej za odbiór odpadów w 2021 r. Dzięki możliwości udzielenia zamówienia gmina jako jedna z niewielu gmin w województwie nie narazi mieszkańców na podwyżki cen. Wykonywanie usługi gospodarowania odpadami przez gminną spółkę komunalną jest znacznie korzystniejsze niż udzielenie zamówienia podmiotom prywatnym zewnętrznym.

Zamawiający podnieśli, że zamiar udzielenia gminnej spółce komunalnej zamówienia został podjęty przez obie gminy, w wyniku szczegółowej analizy rynku w zakresie odbioru odpadów a w szczególności cen i ich wzrostu, analizy kosztów i pogarszającej się sytuacji gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego w okresie pandemii, a także konieczności uwzględnienia czynników społecznych związanych z obciążeniami mieszkańców kosztami odbioru i zagospodarowania odpadów. Nieudzielenie zamówienia nie doprowadzi do planowanego zaoszczędzenia kosztów obciążających mieszkańców gmin, a spowoduje konieczność podwyżki lub nawet przyjęcia innej metody liczenia opłat, jak uczynił to m.in. Związek Gmin Dolnej Odry, której spółką komunalną jest Odwołujący nr 2 (por. Uchwała nr 17/19 Zgromadzenia Związku Gmin Dolnej Odry z dnia 2 października 2019 r.). Najpierw Gmina Chojna z dniem 01 stycznia 2017 r., następnie Gmina Widuchowa z dniem 01

stycznia 2018 r. w związku ze stosowanymi podwyżkami przez ZGDO, wystąpiła ze Związku Gmin Dolnej Odry.

3) Kolejno Zamawiający wskazali, że udzielenie zamówienia na odbiór odpadów, prowadzenie PSZOK jest istotne także z punktu widzenia wykonywania obowiązków przez gminę przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 z późn. zm.), m.in. określonymi w art. 3 ww. ustawy, tj. Gmina jest obowiązana utworzyć co najmniej jeden stacjonarny punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych, samodzielnie lub wspólnie z inną gminą lub gminami, osiągnięcia odpowiedniego wymaganego przepisami poziomu recyklingu tj. obowiązek określony w art. 3b ww. ustawy.

2. Zachodzi uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W powyższym zakresie Zamawiający wskazali, że Odwołujący wnieśli odwołanie jedynie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, pomimo oczywistego spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, co Zamawiający uzasadnił w ogłoszeniu o zamówieniu i przy braku interesu Odwołujących. Nie bez znaczenia jest także fakt braku interesu zarówno przystępujących do postępowania, którzy to przedsiębiorcy posiadają swój zakres działalności i siedziby daleko poza terminem położenia Zamawiającego, nigdy wcześniej też nie brały udziału w świadczeniu usług na ich terenie lub choćby na terenie powiatu Gminy zamawiającego. W związku na tryb zamówienia, iż jest to udzielenie w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie zaś w trybie podstawowym odwołującym i uczestnikom nie można by udzielić zamówienia, gdyż nie są spółką komunalną, dodatkowo jak wskazano wyżej SGDO świadczy usługi, jako spółka komunalna tylko dla Związku Gmin Dolnej Odry. Nie poniosłaby w związku z tym uszczerbku w związku z zawarciem umowy przez zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 578 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza 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.

Podkreślenia wymaga, że możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy Pzp. Jako wyjątek od ww. zasady nie może być interpretowany rozszerzająco. Składając zatem wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, zamawiający powinien szczegółowo uzasadnić i wykazać ziszczenie się jednej lub obu przesłanek uregulowanych w art. 578 ustawy Pzp. I tak, jak wynika z przywołanego wyżej przepisu, dla zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia. Z kolei dla zaistnienia przesłanki przywołanej w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający w uzasadnieniu wniosku nie podali dostatecznych argumentów pozwalających na zastosowanie instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Odnosząc się do okoliczności zawartych w punkcie 1. wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy wskazać należy, iż skład orzekający Izby, miał na względzie znaczenie przedmiotu umowy, w tym nałożone na gminę obowiązki wynikające z przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 z późn. zm.) oraz ewentualnych skutków jej niezawarcia. Izba dostrzega również, że realizacja przedmiotowego zamówienia leży w interesie publicznym, jednak sama ta okoliczność nie może przesądzać o uchyleniu zakazu zawarcia umowy.

Izba wskazuje, że argumentacja Zamawiających dotycząca możliwych zagrożeń sanitarnych, epidemiologicznych itp. ma ogólny charakter. W szczególności podkreślić należy, iż stanowisko Zamawiających nie zostało poparte żadnymi konkretnymi danymi obrazującymi rozmiar i skalę potencjalnych zagrożeń. Zamawiający nie wykazali również, że dołożyli należytej staranności wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym, aby uniknąć potencjalnych zagrożeń sanitarno – epidemiologicznych czy też związanych z zanieczyszczeniem środowiska, na które powoływał się we wniosku z dnia 16 kwietnia 2021 r.

Zamawiający nie twierdzili również, że istnieje natychmiastowa potrzeba zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania. Zamawiający w powyższym aspekcie nie przedstawili żadnej argumentacji. Podkreślić należy, że „niezawarcie umowy”,

o którym mowa w art. 577 ustawy Pzp należy rozpatrywać jako niezawarcie umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Tym samym rolą Zamawiających było przedstawienie argumentów uzasadniających natychmiastową potrzebę zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z pominięciem czasu niezbędnego do rozstrzygnięcia wniesionych odwołań. W szczególności wskazać należy, iż Zamawiający nie podali, czy i kiedy kończy się obecnie obowiązująca umowa na świadczenie usług tożsamyh rodzajowo oraz nie wyjaśnili, czy istnieją jakiegokolwiek przeszkody uniemożliwiające zastosowanie dostępnych instrumentów prawnych w celu zapewnienia ciągłości usług stanowiących przedmiot zamówienia do czasu podpisania umowy z wykonawcą w wyniku rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego. Brak informacji w powyższym zakresie uniemożliwił Izbie ocenę, czy Zamawiający dołożyli należytej staranności w przygotowaniu i przeprowadzeniu niniejszego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego mając na względzie zabezpieczenie potrzeb Zamawiających w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę długość trwania samej procedury, w tym możliwość wystąpienia zdarzeń, które mogą wpłynąć na jej wydłużenie, w tym możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. W przypadku wystąpienia tej ostatniej okoliczności należy liczyć się również z czasem trwania postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W kontekście powyższego za bez znaczenia Izba uznała argumentację Zamawiającego dotyczącą braku podwyżek stawek z tytułu odbioru odpadów, w sytuacji udzielenia zamówienia spółce komunalnej PUK w Chojnie Sp. z o.o. Przedstawiona argumentacja referowała do zakładanego przez Zamawiającego celu udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego (braku podwyżek stawek za odbiór odpadów), nie uzasadniała jednak natychmiastowej potrzeby zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia wniesionych odwołań.

Następnie Izba oceniła, że okoliczności zawarte w pkt. 2 wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy mają irrelevantne znaczenie w kontekście przesłanki zawartej w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, iż Izba rozpoznając wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu, czy też interesu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Tym samym stanowisko Zamawiających dotyczące „oczywistego spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia

z wolnej ręki” oraz związanego z tym braku interesu Odwołujących w uzyskaniu zamówienia, jak również braku interesu przystępujących w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miało znaczenia dla oceny ww. przesłanki.

Podsumowując stwierdzić należy, iż przedstawione przez Zamawiających ww. okoliczności nie potwierdzały określonego w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp celu wykonawców warunkującego uchylenie zakazu zawarcia umowy przez Izbę.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....