

Sygn. akt KIO/W 1/22

POSTANOWIENIE

z dnia 14 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 14 stycznia 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 12 stycznia 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez zamawiającego – Gminę Wiśniewo - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Wiśniewo”

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wiśniewo – w dniu 12 stycznia 2022 r. (pismem z 5 stycznia 2022 r.) wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Wiśniewo”.

Uzasadniając ww. wniosek Zamawiający wskazał, że w postępowaniu złożono dwie oferty – NOVAGO Sp. z o.o. (dalej: „Odwolujący”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECOVIR Sp. z o.o. oraz L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ECO-SPEED L. B. (dalej: „Konsorcjum”).

W dniu 19 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. W dniu 24 listopada 2021 r. Odwołujący złożył odwołanie kwestionując wybór oferty najkorzystniejszej oraz zarzucając Zamawiającemu zaniechanie wezwania Konsorcjum do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7

ppkt 2 lit. c pkt 2 SWZ, tj. wykazania przez wykonawcę, że dysponuje bazą magazynowo-transportową wymaganą przez Zamawiającego do realizacji zamówienia.

Wyrokiem z dnia 7 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO 3435/21) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała wezwanie Konsorcjum w trybie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 7 pkt 2 lit. c ppkt 2 SWZ.

Zamawiający stosując się do postanowień tego wyroku:

- a) W dniu 21 grudnia 2021 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w celu dokonania ponownej oceny ofert.
- b) W dniu 21 grudnia 2021 r. wezwał Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 7 pkt 2 lit. c ppkt 2 SWZ.

W dniu 24.12.2021 r. Konsorcjum potwierdziło spełnianie ww. warunku.

W dniu 27.12.2021 r. na stronach internetowych Zamawiającego zamieszczono informację z otwarcia ofert oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą była ponownie oferta Konsorcjum.

W dniu 3 stycznia 2022 r. Odwołujący ponownie wniósł odwołanie od czynności podjętej przez Zamawiającego z dnia 27 grudnia 2021 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum zarzucając naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) PZP w zw. z art. 266 PZP i art. 16 ust. 1 PZP, art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 266 PZP i art. 16 ust. 1 PZP, art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP i art. 16 ust. 1 PZP, art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 266 PZP oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia ww. oferty.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący składając ofertę droższą od oferty, która została wybrana i wnosząc ponownie kolejne odwołanie zmierza do przedłużenia postępowania, co wiąże się z niezachowaniem terminu realizacji zamówienia i brakiem możliwości zapewnienia czystości i higieny na terenie gminy, co stwarza samo w sobie zagrożenie epidemiologiczne na tym obszarze, a dodatkowo jeszcze w związku z pandemią wirusa SARS-CoV-2 i możliwością jego rozprzestrzenienia się.

Zamawiający podniósł, że do podstawowych zadań własnych gminy (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. Zamawiający zwrócił uwagę, że 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 obowiązywała do 31 grudnia 2021 r.

Jak argumentował Zamawiający, w przypadku braku możliwości zawarcia przez Zamawiającego umowy w wyniku prowadzonego obecnie postępowania do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, mieszkańcy zostaną pozbawieni możliwości odbioru odpadów komunalnych przez wyspecjalizowany podmiot. Interes publiczny, który uzasadnia uchylene zakazu zawarcia umowy, dotyczy bezpośrednio utrzymania porządku gminie. Zaprzestanie realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na okres około miesięczny będzie skutkowało przede wszystkim powstaniem niebezpieczeństwa epidemiologicznego dla mieszkańców Gminy Wiśniewo, środowiska naturalnego oraz będzie rodzić zagrożenie sanitarne oraz bakteriologiczne. Konsekwencją powyższego jest bezpośredni wpływ na zdrowie i życie mieszkańców, tj. powstania zagrożenia bezpieczeństwa publicznego w sferze zdrowia i życia mieszkańców, spowodowanego rozkładem substancji organicznych i namnażaniem się drobnoustrojów. Powyższe, ze znaczną dozą prawdopodobieństwa, będzie generować również istotne i uzasadnione niepokoje społeczne, w szczególności wobec wciąż trwającej epidemii COVID-19, w czasie której prawidłowe funkcjonowanie gospodarki odpadami komunalnymi jest kwestią priorytetową. Ponadto, zachodzi duże prawdopodobieństwo roznoszenia odpadów komunalnych składowanych poza pojemnikami przez zwierzęta domowe i dzikie. Tym samym, w przekonaniu Zamawiającego, 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. W ocenie Zamawiającego, powyższe uzasadnienie wniosku zasługuje tym bardziej na uwzględnienie, że Zamawiający zastosował się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO 3435/21).

Zdaniem Zamawiającego, zachodzi podstawa do uwzględnienia wniosku o uchylene zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Biorąc bowiem pod uwagę przewidywany przebieg procedury w ramach postępowania odwoławczego istnieje znaczące ryzyko, co do niemożności zapewnienia przez Zamawiającego porządku w Gminie.

Zamawiający stwierdził, że wskazane okoliczności uzasadniają stwierdzenie zagrożenia dla interesu publicznego w takim stopniu, iż konieczne jest uchylene zakazu zawarcia umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że do rozpoznania przedmiotowego wniosku zastosowanie znajdują przepisy art. 577 – 578 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Instytucja uchylene 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 PZP), który ma chronić z jednej strony interesy wykonawców biorących udział w postępowaniu, z drugiej strony także interes zamawiającego (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 finansów publicznych. Jako wyjątek, instytucja uchylene zakazu zawarcia umowy podlega stosowaniu zgodnie z zasadami przewidzianymi dla wyjątków, czyli ściśle i z zachowaniem ostrożności przy ustalaniu możliwości ich zastosowania w danym stanie faktycznym.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 PZP Izba może uchylene 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.

Przywołana norma wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, czy brak udzielenia zamówienia przed rozpoznaniem przez Izbę odwołania spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie Prawo zamówień publicznych, przyjmuje się rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać

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. Wskazane powyżej przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy zamawiający obowiązany jest wykazać w treści złożonego wniosku.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Izba dostrzega, że realizacja przedmiotowego zamówienia bez wątpienia leży w interesie publicznym, jednak sama ta okoliczność nie może przesądzać o uchyleniu zakazu zawarcia umowy. W ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego nie pozwala na stwierdzenie, że uzasadnione jest odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał w szczególności, że nie ma możliwości zapewnienia odbioru odpadów do czasu zakończenia postępowania odwoławczego. Ponadto, Zamawiający planując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinien uwzględnić czas na wniesienie środków ochrony prawnej.

Izba uznała, że zawarcie umowy po ogłoszeniu orzeczenia lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze będzie stanowiło ochronę wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z jednoczesnym poszanowaniem interesu publicznego, jakim jest niewątpliwie realizacja przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie wykazał także zaistnienia przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 ze zm.) postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 578 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 578 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: