

Sygn. akt: KIO/W 41/22

POSTANOWIENIE

z dnia 5 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 grudnia 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 1 grudnia 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego: Gminę Bestwiną,

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz z PSZOK na terenie Gminy Bestwiną w roku 2023", zadanie częściowe nr 1: Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Bestwiną,

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO/W 41/22

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bestwiną (dalej „Zamawiający”) w dniu 1 grudnia 2022 r. złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz z PSZOK na terenie Gminy Bestwiną w roku 2023”, zadanie częściowe nr 1: Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Bestwiną”.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że umowa na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bestwiną wygasa z dniem 31 grudnia 2022 r. W związku z procedurą odwoławczą, która toczy się w Krajowej Izbie Odwoławczej, podpisanie umowy z wykonawcą na rok 2023 nastąpi prawdopodobnie pod koniec grudnia 2022 r. W takim przypadku wykonawca nie będzie w stanie wykonać jednego z obowiązków wynikających z umowy, tj. przygotowania i dystrybucji harmonogramu odbioru odpadów komunalnych. Zgodnie z pkt 6 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia projekt harmonogramu podlega akceptacji przez Zamawiającego w terminie 7 dni roboczych, licząc od dnia jego przedłożenia przez wykonawcę. Wykonawca winien dostarczyć w wersji papierowej wszystkim właścicielom nieruchomości harmonogram na 7 dni przed rozpoczęciem wykonywania usługi odbioru odpadów, czyli najpóźniej 21 grudnia 2022 r. Biorąc pod uwagę termin potrzebny na przygotowanie harmonogramu, jego analizę oraz akceptację, realnym terminem w którym Wykonawca powinien go przygotować jest połowa miesiąca grudnia 2022 r. Istnieje ryzyko, że rozstrzygnięcie KIO w przedmiotowej sprawie nastąpi w terminie późniejszym.

Zamawiający wskazał, że usługa odbioru odpadów od mieszkańców odbywa się w trybie ciągłym, zgodnie z częstotliwością wynikającą z zapisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Bestwiną. Odbiór odpadów z poszczególnych nieruchomości powinien nastąpić już w pierwszym tygodniu stycznia 2023 r. Zdaniem Zamawiającego niezawarcie umowy w pierwszej połowie grudnia może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego z powodu opóźnienia w wykonywaniu usługi dla mieszkańców, co jest sprzeczne z przepisami prawa przywołanymi wyżej. Zamawiający ze stosownym wyprzedzeniem rozpoczął procedurę

udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego, a mianowicie już w dniu 25 sierpnia 2022 r. (data przesłania do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia do publikacji).

Zamawiający zwrócił także uwagę, że argumentacja Odwołującego ma na celu wyłącznie niedoprowadzenie do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Zarzuty Odwołującego nie miały żadnego znaczenia dla przeprowadzonego postępowania. Zarzuty te dotyczyły:

- 1) braku zezwolenia na zbieranie odpadów o kodach: 150101 – opakowania z papieru i tektury, 200101 – papier i tektura, 200108 – odpady kuchenne ulegające biodegradacji.
- 2) braku pozwolenia wodnoprawnego, a tym samym niespełnianie przez bazę magazynowo – transportową wymogów Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. poz. 122).

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z treścią SWZ rozdział V pkt. 8 ppkt. 2 lit. a „Wykonawca musi posiadać uprawnienia do wykonywania działalności tj. transportu odpadów, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r. poz. 699 ze zm.)”. W celu spełnienia tego warunku Wykonawca zobowiązany był do przedłożenia „oświadczenia o posiadaniu wpisu, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz.U. z 2022r. poz. 699 ze zm.), do rejestru o którym mowa w art. 49 ust. 1 ww. ustawy – prowadzonego przez Marszałka Województwa, umożliwiający prowadzenie działalności objętej niniejszym postępowaniem na terenie Gminy Bestwina, dotyczącym transportu odpadów wraz z podaniem numeru rejestrowego”. Wykonawca „EKO-PLUS” przedłożył stosowne oświadczenie z podaniem numeru rejestrowego: BDO 000018444. W rejestrze BDO prowadzonym przez Marszałka Województwa Śląskiego pod ww. numerem znajduje się wpis dotyczący firmy „EKO-PLUS”. W dziale „VII Transportujący Odpady” znajduje się 55 kodów odpadów, w tym wszystkie wymagane w przedmiotowym zamówieniu publicznym.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że nie wymagał przedłożenia decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów. Odwołujący, w trybie dostępu do informacji publicznej otrzymał ze Starostwa Powiatowego w Bielsku – Białej kopię decyzji na zbieranie odpadów wydaną dla firmy „EKO-PLUS” dla działki nr 3637/9 w Czechowicach – Dziedzicach przy ul. Ślepej 10. Kopia decyzji została przekazana Zamawiającemu jako załącznik do pisma z dnia 8 listopada 2022 r. Zamawiający wskazał, że zgodnie z ustawą o odpadach zbieraniem odpadów jest: „gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i

niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów”. Zamawiający nie ma podstaw, aby sądzić, że wykonawca „EKO-PLUS” będzie gromadził odpady komunalne, na które nie ma zezwolenia przed ich dalszym transportem do zagospodarowania. Ponadto, w formularzu ofertowym Wykonawca „EKO-PLUS” wskazał, że odpady będzie przekazywał do następujących instalacji: „papier” – SANITTRANS Sp. z o.o. Międzyrzecze Górne 383 / 43 – 502 Czechowice – Dziedzice, ul. Prusa 33, „bioodpady – odpady spożywcze i kuchenne z gospodarstw domowych” – Agencja Komunalna Sp. z o.o. 32 – 620 Brzeszcze ul. Graniczna 48.

W ocenie Zamawiającego, brak konieczności obligatoryjnego posiadania decyzji na zbieranie odpadów opisany został w „Objaśnieniach prawnych Ministra Klimatu dotyczących istnienia obowiązku zbierania odbieranych odpadów komunalnych i posiadania zezwolenia na zbieranie tych odpadów w bazie magazynowo – transportowej przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości” z dnia 23 lipca 2020 r. znak: DGO.VI.021.26.2020.MD: „... należy stwierdzić, że prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie wiąże się z obowiązkiem zbierania tych odpadów, w tym obligatoryjnego zbierania tych odpadów na terenie bazy magazynowo – transportowej, a tym samym nie wiąże się z koniecznością posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów. Posiadanie takiej decyzji nie jest zatem warunkiem uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej ani nie decyduje o możliwości prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów...”

W odniesieniu do zarzutu, że baza magazynowo – transportowa Wykonawcy „EKOPLUS” nie spełnia wymogów poprzez brak pozwolenia wodnoprawnego Zamawiający wyjaśnił, że jednym z obowiązkowych elementów bazy jest jej wyposażenie w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (Dz. U. z 2020 roku poz. 310 z późn. zm.). Spełnianie przez bazę warunków technicznych, o których mowa wyżej jest kwestią techniczną a nie prawną. Brak pozwolenia wodnoprawnego nie przesądza o tym, czy baza spełnia wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Przywołany w odwołaniu obowiązek posiadania pozwolenia wodnoprawnego na odprowadzenie wód opadowych lub roztopowych reguluje ustawa Prawo wodne. Jeżeli ścieki stanowiące wody opadowe lub roztopowe wprowadzane są do urządzeń kanalizacyjnych innych podmiotów np. do miejskiego systemu kanalizacji deszczowej lub są wywożone ze zbiorników bezodpływowych za pomocą wozów asenizacyjnych, to nie ma obowiązku

uzyskania pozwolenia wodnoprawnego. W okresie od 3 września 2021 r. do 18 listopada 2021 r. Wójt Gminy Bestwina przeprowadził kontrolę podmiotu posiadającego wpis do Rejestru pod numerem 2/2012, tj. firmy „EKO – PLUS”. W wyniku tej kontroli nie stwierdzono nieprawidłowości. W zakresie opisywanych wyżej wymagań przedstawiciel „EKO – PLUS” przedłożył pisemne oświadczenie o odprowadzeniu wód opadowych i ścieków przemysłowych do kanalizacji będącej własnością spółki PKP S.A.

Zdaniem Zamawiającego zarzuty Odwołującego nie dotyczą wymogów stawianych wykonawcom w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Są one formułowane na wyrost, na wypadek gdyby doszło do gromadzenia odpadów przed ich transportem. Nie jest rolą odwołującego się organizowanie sposobu świadczenia usługi innym wykonawcom, stąd zdaniem Zamawiającego celem Odwołującego jest wyłącznie niedoprowadzenie do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 577 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania, zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Z kolei przepis art. 578 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż: Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577 ustawy Pzp.

W myśl ust. 2, 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.

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.

Zamawiający powinien wykazać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania.

Rozpoznając złożony w przedmiotowym postępowaniu wniosek, Izba stwierdziła, że wskazane przez Zamawiającego okoliczności nie uzasadniają uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ustawy Pzp.

Analizując treść złożonego wniosku Izba stwierdziła, że jego uzasadnienie opiera się przede wszystkim na wskazaniu przez Zamawiającego pewnej niepewności czasowej co do możliwości wykonania dotrzymania proponowanego harmonogramu dotyczącego realizacji zamówienia określonego w załączniku nr 3 do SWZ. Niepewność ta, zdaniem Zamawiającego, uzasadnia uchylenie zakazu zawarcia umowy. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Zgodnie z art. 544 ust. 1 ustawy Pzp, Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby. Odwołujący się wykonawca złożył odwołanie w dniu 1 grudnia 2022 r. Zamawiający nie wskazał na żadne okoliczności z których mogłoby wynikać, że odwołanie nie zostanie rozpatrzone przez Izbę w/w terminie. Przy jego zachowaniu, zdaniem Izby, proponowany harmonogram wynikający z załącznika nr 3 do SWZ jest w pełni możliwy do zrealizowania. Izba zauważa również, iż terminy wskazane przez Zamawiającemu są terminami proponowanymi. Skoro Zamawiający dąży do jak najszybszego zawarcia umowy, to Izba nie widzi przeszkód, aby – przykładowo - Zamawiający zatwierdził harmonogram wykonawcy nie w ciągu 7 dni, ale 1 czy 2 dni od jego złożenia. Zamawiający również w żaden sposób nie uzasadniał i nie wykazał czasookresu koniecznego do przygotowania, analizy i akceptacji harmonogramu. Głosłowne stwierdzenie Zamawiającego, iż „Biorąc pod uwagę termin potrzebny na przygotowanie harmonogramu, jego analizę oraz akceptację, realnym terminem w którym Wykonawca powinien go przygotować jest połowa miesiąca grudnia 2022 r. Istnieje ryzyko, że rozstrzygnięcie KIO w przedmiotowej sprawie nastąpi w terminie późniejszym”, nie może uzasadniać uchylenia zakazu zawarcia umowy. Zdaniem Izby są to czynności typowe dla przedmiotowego postępowania, które mogą być sprawnie wykonane przez doświadczonego wykonawcę we współpracy z Zamawiającym.

Podstawą uchylenia zakazu zawarcia umowy nie może być również stwierdzenie Zamawiającego, iż niezawarcie umowy w pierwszej połowie grudnia może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego z powodu opóźnienia w wykonywaniu usługi dla mieszkańców, co jest sprzeczne z przepisami prawa przywołanymi wyżej. Zamawiający wskazał, że ze stosownym wyprzedzeniem rozpoczął procedurę udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego, a mianowicie już w dniu 25 sierpnia 2022 r. (data przesłania do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia do publikacji). Po pierwsze, gdyby Zamawiający ze stosownym wyprzedzeniem wszczął postępowanie, to obecnie nie wnioskowałby o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Zamawiający winien mieć pełną świadomość, iż w postępowaniu wykonawcy mogą skorzystać ze środków ochrony prawnej i okoliczność tą uwzględnić w harmonogramie postępowania. Zamawiający nie wykazał, że postępowanie było prowadzone z należytą starannością, tak aby było możliwe zawarcie umowy w terminie obecnie wnioskowanym przez Zamawiającego, a opóźnienia są wynikiem okoliczności nieprzewidywalnych. Po drugie, Izba wskazuje, że Zamawiający nie wyjaśnił czy ma możliwość przedłużenia obecnie obowiązującej umowy w sytuacji, gdy postępowanie odwoławcze wymagałoby weryfikacji decyzji co do wyboru oferty najkorzystniejszej. Umowa taka nie została złożona wraz z wnioskiem. Uchylenie zakazu zawarcia umowy nie może służyć zamawiającym jako narzędzie do sanowania własnych błędów w procesie i sposobie wykonywania zadań publicznych. Jak wynika z treści wniosku, Zamawiający ma pełną świadomość nałożonych na niego zadań. Skoro tak, to winien tak zorganizować swoje działania, aby były wykonane również zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Fakt wniesienia odwołania nie jest okolicznością nadzwyczajną czy nieprzewidywalną w zamówieniach publicznych. Winna ona zatem być uwzględniona przez Zamawiającego w harmonogramie postępowania przetargowego. Zdaniem Izby, nie ma żadnych podstaw, aby odbierać w analizowanym stanie faktycznym wykonawcy prawo korzystania ze środków ochrony prawnej w oparciu w/w argumenty Zamawiającego.

Podkreślić należy, że instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, może być stosowana w okolicznościach szczególnych oraz gdy spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., nie budzi żadnych wątpliwości. Składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, to zamawiający ma obowiązek wykazać przewagę negatywnych skutków dla interesu publicznego w porównaniu do korzyści związanych z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, iż brak możliwości podpisania umowy z wykonawcą wyłonionym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spowoduje negatywne

skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w postępowaniu, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie nie zachodzi również możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy z powołaniem na art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. Jak wynika ze złożonego wniosku, zarzuty odwołania dotyczą zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy z powodu braku spełnienia wymagań Zamawiającego określonych w SWZ. Zamawiający we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przedstawił obszernie stanowisko, które zdaniem Izby, stanowi odpowiedź na odwołanie. Zamawiający przedstawia odmienną od odwołującego się wykonawcy interpretację postanowień SWZ i dokumentów złożonych przez odwołującego. Tymczasem dyspozycja art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy sytuacji oczywistych, w których już pobieżna lektura treści odwołania wskazuje na jego oczywistą niezasadność. Uznanie, iż odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, mogłoby w konsekwencji naruszyć regulację, z której wynika konieczność rozpoznania odwołania na jawnej rozprawie (art. 545 ust. 1 ustawy Pzp).

Z uwagi na powyższe, Izba, na podstawie art. 578 ust. 4 zd. pierwsze ustawy Pzp, postanowiła jak w sentencji. Stosownie do zdania drugiego, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: