

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 grudnia 2024 r. w Warszawie wniosku z dnia 18 grudnia 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: wykonywanie usług związanych z odbiorem, wywozem i utylizacją odpadów w 2025 r. z podziałem na zadania z możliwością zastosowania opcji,

postanawia:

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

Uzasadnienie

W dniu 18.12.2024 r. Zamawiający – Gmina Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu – wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Wykonywanie usług związanych z odbiorem, wywozem i utylizacją odpadów w 2025 r. z podziałem na zadania z możliwością zastosowania opcji”, numer referencyjny: DNP.260.39.2024.TP2.U.

Uzasadniając wniosek Zamawiający wskazał:

„1. Dopuszczalność uchylecia zakazu w części zamówienia

Na podstawie art. 578 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza może uchylić zakaz zawarcia umowy w całości lub w części, jeżeli nie zawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu jest podzielny, a świadczenia obu stron mogą być spełniane częściowo. W związku z tym Zamawiający wnosi o uchylenie zakazu zawarcia umowy wyłącznie w zakresie obejmującym okres od 1 stycznia 2025 r. do 31 stycznia 2025 r.

2. Niezwłoczna potrzeba zawarcia umowy

Realizacja zamówienia publicznego dotyczy usług o kluczowym znaczeniu dla prawidłowego funkcjonowania gminy (miasta) w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi. Brak możliwości terminowego zawarcia umowy w zakresie wskazanym powyżej może prowadzić do istotnych utrudnień w świadczeniu tych usług, co może negatywnie wpłynąć na zdrowie publiczne, środowisko oraz codzienne funkcjonowanie mieszkańców.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1587), gminy są obowiązane zapewnić odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w sposób zapewniający ochronę życia i zdrowia ludzi oraz środowiska. Niewywiązanie się z tego obowiązku może prowadzić do kumulacji odpadów na terenach zamieszkałych, stwarzając zagrożenie epidemiologiczne oraz naruszenie zasad gospodarki odpadami. Brak zawarcia umowy w terminie może skutkować poważnymi konsekwencjami prawnymi i finansowymi dla gminy.

3. Minimalizacja ryzyka finansowego

Opóźnienie w zawarciu umowy może skutkować koniecznością zawarcia umów zastępczych, które mogą być mniej korzystne finansowo dla Zamawiającego. Zawarcie umowy w wyniku niniejszego postępowania pozwoli uniknąć dodatkowych kosztów i zapewni stabilność budżetu jednostki samorządowej.

4. Brak wpływu na ochronę interesów wnoszącego odwołanie

Uchylając zakaz zawarcia umowy w części, Zamawiający nie naruszy interesów wnoszącego odwołanie. Odwołanie zostało wniesione na odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 14) ustawy Pzp – tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli Wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł je w sposób nieprawidłowy, lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt. 3. Zamawiający na dowód swojej słuszności co do podstaw odrzucenia oferty przedstawia potwierdzenie z banku o dacie i godzinie otrzymania wadium od Odwołującego. W przypadku uwzględnienia żądań odwołującego, możliwe będzie zastosowanie środków przewidzianych przepisami prawa, w tym wstrzymanie realizacji umowy lub jej wypowiedzenie w uzasadnionych przypadkach.

5. Bezpieczeństwo procedury

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami prawa, a oferta, która została wybrana jako najkorzystniejsza, spełnia wszelkie wymagania określone w dokumentacji postępowania. Uchylając zakaz zawarcia umowy w części, zamawiający dochowa wszelkich wymogów ustawowych, zapewniając legalność działań. Zamawiający dokonał czynności wyrobu najkorzystniejszej oferty zgodnie z zapisami SWZ oraz zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołanie jest bezpodstawne i ma na celu wymuszenie na Zamawiającym wydłużenie terminu realizacji obecnie zawartych umów, które w przedmiotowym zamówieniu są realizowane przez Odwołującego do końca grudnia br. Fakt wniesienia odwołania, a w konsekwencji przedłużenie postępowania poprzez uniemożliwienie zawarcia umowy z nowym Wykonawcą niezwykle niekorzystnie wpływa na sytuację Zamawiającego. Zamawiający w aktualnej sytuacji, związanej z koniecznością zapewnienia utrzymania terenów publicznych, nie może dopuścić do tego, żeby toczące się postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą uniemożliwiały wykonywanie obowiązków ustawowych oraz zabezpieczenia życia i zdrowia osób korzystających i mieszkających na terenie Miasta Bytomia. Realizacja zamówienia jest konieczna do zabezpieczenia ciągłości odbioru zanieczyszczeń, w tym śmieci i opadów zagrażających zdrowiu mieszkańców oraz zanieczyszczeniu przyrody i terenów zielonych.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uchylenie zakazu zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu w zakresie obejmującym okres od 1 stycznia 2025 r. do 31 stycznia 2025 r.”

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, 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.

Zgodnie z art. 578 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp:

1. Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577.
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.

Z powołanych wyżej 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.

Wykazanie zasadności uchylenia zakazu zawarcia umowy wymaga przedstawienia nie tylko określonych okoliczności faktycznych związanych z zamówieniem, ale również związku przyczynowo-skutkowego między tymi okolicznościami a negatywnymi skutkami zakazu zawarcia umowy dla interesu publicznego. Innymi słowy, niezbędne jest wykazanie przez zamawiającego konkretnych okoliczności faktycznych wynikających z niemożności zawarcia umowy i ich konkretnego negatywnego wpływu na interes publiczny. Dodatkowo zamawiający musi także wykazać, że negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich innych interesów, przede wszystkim interesów wykonawcy wnoszącego odwołanie, który w wyniku ewentualnego zawarcia przez zamawiającego umowy przed rozstrzygnięciem Izby, traci możliwość uzyskania zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający nie wykazał, że ziszczyły się przesłanki, o których mowa w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Po pierwsze, należy zauważyć, że Zamawiający wnosi o częściowe uchylenie zakazu zawarcia umowy, tj. tylko na okres stycznia 2025 r., podczas gdy pełny okres realizacji zamówienia obejmuje cały 2025 r. Ustawodawca nie przewidział jednak możliwości uchylenia zakazu zawarcia umowy w części, o czym świadczy jednoznaczna treść art. 578 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w których mowa jest wyłącznie o uchyleniu zakazu zawarcia umowy jako takiej. Przy czym w przypadku wydawanych przez Izbę orzeczeń dotyczących odwołań ustawodawca wyraźnie wskazał na możliwość ich uwzględnienia w części (art. 554 ust. 2 ustawy Pzp), a dodatkowo w przypadku zawarcia przez zamawiającego umowy przed wydaniem orzeczenia przez Izbę i zaistnienia przesłanek z art. 457 ustawy Pzp – na możliwość unieważnienia umowy w części dotyczącej zobowiązań niewykonanych (art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp). Tymczasem w zakresie orzeczeń dotyczących uchylenia zakazu zawarcia umowy możliwość orzekania co do części umowy nie została przewidziana w przepisach. Dlatego należy uznać, że nie jest ona dopuszczalna.

Po drugie, Zamawiający wskazuje, że utrudnienia w świadczeniu kluczowych usług w zakresie gospodarowania odpadami mogą negatywnie wpłynąć na zdrowie publiczne, środowisko oraz codzienne funkcjonowanie mieszkańców i powołuje się na art. 9 ust. 1 ustawy o odpadach mający zobowiązywać gminy do zapewnienia odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w sposób zapewniający ochronę życia i zdrowia ludzi oraz środowiska. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ww. przepis w ustawie o odpadach

dotyczy informacji przekazywanych przez marszałka województwa ministrowi właściwemu do spraw klimatu, a zatem jego treść jest inna niż przytoczona przez Zamawiającego. Zamawiający prawdopodobnie miał na myśli odpowiednie w tej sprawie przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 399 ze zm.), w tym m.in. art. 6c ust. 1, zgodnie z którym gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Pomijając jednak kwestię nieprawidłowego przepisu powołanego przez Zamawiającego, przede wszystkim należy zauważyć, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu nr 2024/BZP 00608303/01, zamówienie to zostało podzielone na dwa zadania:

1) Zadanie 1 (Zaplecze Techniczne):

Odbiór, wywóz i utylizacja odpadów maksymalnie w ciągu 48 godzin dla kontenerów nowo podstawionych lub/i 24 godzin w przypadku tych, które już podstawiono, licząc od momentu przesłania przez Zamawiającego pocztą elektroniczną zlecenia z określeniem kodu odpadu. Odpady będą składowane w dostarczonych przez Wykonawcę kontenerach o pojemności 10m³, 7m³, 5m³ oraz 360 l w miejscach wskazanych przez Zamawiającego (teren miasta Bytom) oraz na terenie Zaplecza Technicznego przy ul. Tarnogórskiej 1a w Bytomiu.

2) Zadanie 2 (Cmentarz Komunalny i siedziba Zamawiającego — Bytom ul. Smolenia 35):

- Cmentarz Komunalny: Odbiór, wywóz i utylizacja odpadów maksymalnie w ciągu 48 godzin dla kontenerów nowo podstawionych lub/i 24 godzin w przypadku tych, które już podstawiono, licząc od momentu przesłania przez Zamawiającego pocztą elektroniczną zlecenia z określeniem kodu odpadu. Odpady będą składowane w dostarczonych przez Wykonawcę kontenerach o pojemności 7 m³ na terenie Cmentarza Komunalnego w Bytomiu przy ul. Kwiatowej 29 oraz w okresie 17.10 — 07.11 w okolicach terenów innych cmentarzy obszaru Gminy Bytom wskazanych przez Zamawiającego.
- Siedziba Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Bytomiu: Odbiór, wywóz i utylizacja odpadów z terenu siedziby Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Bytomiu przy ul. Smolenia 35 jeden raz w tygodniu, w dniach wskazanych przez Zamawiającego. Odpady składowane będą w dostarczonych przez Wykonawcę dwóch kontenerach/pojemnikach o pojemności 1100 l. Zamawiający zastrzega sobie możliwość wymiany dodatkowo jednego kontenera/pojemnika tygodniowo w wybranych przez siebie dwudziestu tygodniach roku.

Powyższy opis zamówienia przeczy twierdzeniom Zamawiającego, jakoby zamówienie dotyczyło odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, czyli od mieszkańców miasta. Przedmiotem zamówienia w obu zadaniach jest bowiem odbiór odpadów z miejsc publicznych, w tym np. z cmentarzy czy z Zaplecza Technicznego (mieszczącego się w strukturach organizacyjnych Gminy). Oczywiście z tego typu miejsc również konieczne jest

odbieranie odpadów, ich wywóz i utylizacja, niemniej jednak nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że niewywiązanie się Gminy z tego obowiązku będzie prowadzić do kumulacji odpadów na terenach zamieszkałych. W efekcie nie można też uznać, że niezawarcie umowy przed wydaniem orzeczenia przez Izbę spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego rozumianego jako brak odbioru odpadów z terenów zamieszkałych.

Po trzecie, Zamawiający wskazuje na konieczność realizowania usługi od 01.01.2025r., ale w ww. ogłoszeniu o zamówieniu znajduje się informacja, że zostało ono opublikowane dopiero 21.11.2024 r. Ze sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za 2023 r. wynika, że średni czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia na usługi prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp) wynosił 40 dni (w 2022 r. – 42 dni). Przy czym należy zauważyć, że jest to średni czas mierzony z dwunastu miesięcy 2023 r., a zatem nie uwzględniający specyfiki okresu świątecznego w grudniu. Biorąc zatem pod uwagę chęć realizacji niniejszego zamówienia od 01.01.2025 r. i właśnie specyfikę ostatnich tygodni grudnia, należy stwierdzić, że Zamawiający wszczął postępowanie bardzo późno, w zasadzie z góry narażając się na wysokie ryzyko nieudzielenia zamówienia przed końcem 2024 r. Takie opieszale działanie Zamawiającego podważa jego aktualną argumentację o pilności udzielenia zamówienia.

Po czwarte, Zamawiający wskazuje na negatywne skutki finansowe, jakie wiązałyby się z „koniecznością zawarcia umów zastępczych” i na konieczność wydłużenia umów, które są zawarte na okres do końca grudnia 2024 r. właśnie z Odwołującym. Jak już jednak wyżej wskazano, skoro Zamawiający wszczął postępowanie tak późno mimo świadomości kończącej się w grudniu umowy, to tym samym wziął na siebie ryzyko niezawarcia umowy do końca roku i wynikające z tego skutki, w tym finansowe. Ryzykowne działanie Zamawiającego nie może uzasadniać odebrania wykonawcy prawa do rozpoznania wniesionego przez niego odwołania przed zawarciem umowy. Innymi słowy: przyczyny leżące po stronie Zamawiającego (zbyt późne wszczęcie postępowania) nie mogą skutkować tym, że bez względu na sposób rozpoznania odwołania, Odwołujący straci szansę na uzyskanie zamówienia, bo umowa zostanie już zawarta z innym wykonawcą. Ponadto z żadnego przepisu nie wynika, że Zamawiający musi zawrzeć „umowę zastępczą” (zapewne chodzi o umowę zawartą w jednym z trybów niekonkurencyjnych na okres do zakończenia obecnego postępowania) akurat z Odwołującym. Umowa taka może być też zawarta z innym wykonawcą, choć oczywiście może wystąpić trudność w zorganizowaniu przez innego wykonawcę infrastruktury niezbędnej do wykonania usługi, ale taka sama trudność wystąpiłaby, gdyby Zamawiającemu udało się zawrzeć umowę w trybie podstawowym z innym wykonawcą tuż przed świętami, czyli „na styk” przed planowanym okresem rozpoczęcia realizowania usługi od 01.01.2025 r.

Po piąte, Zamawiający podnosi argumenty dotyczące zarzutów zawartych w odwołaniu wskazując na ich niezasadność. Rozpoznając jednak wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie bada zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu. To jak Zamawiający ocenia zasadność tych zarzutów (pomijając, że w wyroku Izby przypuszczenia Zamawiającego mogą się nie potwierdzić) nie jest przesłanką uchylenia zakazu zawarcia umowy. Zatem argumentacja Zamawiającego w tym zakresie nie ma znaczenia dla kwestii dopuszczalności zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia przez Izbę.

Po szóste, przechodząc do przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy, należy zauważyć, że we wniosku Zamawiający w ogóle nie uzasadnił, na czym polega przewaga negatywnego skutku dla interesu publicznego nad innymi korzyściami, które mogą doznać uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego (głównie chodzi o interes wykonawcy). Sam fakt, że mamy w tej sprawie do czynienia z interesem publicznym (jak zresztą w niemal wszystkich zamówieniach publicznych) nie jest automatycznie uzasadnieniem dla stwierdzenia takiej przewagi. Nie jest nim także, jak wskazano już wyżej, przekonanie Zamawiającego o niezasadności zarzutów zawartych w odwołaniu, bo na etapie rozpoznawania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie są one w ogóle badane, gdyż art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie przewiduje przesłanki uchylenia tego zakazu w związku z treścią zarzutów odwołania. Uzasadnieniem takiej przewagi nie jest także ewentualna możliwość „wstrzymania” realizacji umowy przez innego wykonawcę lub jej wypowiedzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę. Pomijając już nawet to, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby projekt umowy zawierał postanowienia pozwalające na „wstrzymanie” lub wypowiedzenie w takiej sytuacji umowy zawartej z innym wykonawcą, to przede wszystkim należy zauważyć, że Zamawiający musiałby w takiej hipotetycznej sytuacji wszcząć nowe postępowanie o udzielenie zamówienia, bez gwarancji że w wyniku jego przeprowadzenia umowa zostałaby zawarta akurat z Odwołującym. Argumentacja Zamawiającego nie świadczy zatem o żadnej ochronie interesów Odwołującego i jako całkowicie niezasadna nie daje podstaw do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

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

Przewodnicząca: