

Miejska spółka zadziałała prewencyjnie i odrzuciła ofertę na gospodarowanie odpadami

Czy gmina może wykluczyć z przetargu, gdy istnieje uzasadniona obawa, że z powodu nałożonych kar wykonawca utraci pozwolenie na wykonywanie działalności objętej zamówieniem? **Ten precedensowy problem prawny to aktualny spór między prywatną firmą a jednym z większych miast**

Jakub Pawłowski
jakub.pawlowski@infor.pl
@PawlowskiJakub

Spór ten jest też pokłosiem dużej nowelizacji ustawy o odpadach z 2018 r., która po głośnej fali pożarów magazynów i składowisk odpadów zaostriżyła rygory względem firm i nadała nowe uprawnienia kontrolne Inspekcji Ochrony Środowiska. Eksperti branżowi podnosili wówczas, że bardziej rygorystyczne przepisy sankcyjne mogą być nadużywane do karania przedsiębiorców za najmniejsze nawet uchybienia, a w skrajnych przypadkach wyrugować ich szybko z rynku. W ocenie ustawodawcy ostrzejsze regulacje miały zaś pomóc ukrócić liczne patologie trapiące rynek odpadów.

W opisywanej sytuacji wymierzone przez Inspekcję Ochrony Środowiska kary nie doprowadziły do likwidacji firmy, lecz były głównym pretekstem do odrzucenia jej oferty w trakcie postępowania przetargowego na zagospodarowanie odpadów. Eksperti są podzieleni w ocenie, czy miasto miało prawo tak postąpić. Z jednej strony działaniem gminy można uznać za racjonalne, bo nie chciała ona powierzać odpowiedzialnego zadania firmie, która jest o dwa kroki od utraty pozwoleń i może nagle zniknąć z rynku, zostawiając gminę z nierozwiązanym problemem. Z drugiej zaś, prawo nie przewiduje prewencyjnego wykluczenia z postępowania. – Sprawy są wciąż w toku, niekorzystne dla przedsiębiorcy decyzje mogą jeszcze zostać uchylone przez sąd, a na dzień złożenia oferty firma spełniała wszystkie postawione przez miasto wymogi – argumentują.

Spór trafił już do Krajowej Izby Odwoławczej. Niezależnie od tego, jak się skończy, będzie miał konsekwencje dla samorządów i całej branży odpadowej. Jeżeli KIO przychyli się do argumentacji miasta, w tarapatach znaleźć się może wiele firm. Wystarczy bowiem, że w ciągu 10 lat inspektorzy ochrony środowiska wymierzą im trzy kary ostateczne na łączną kwotę 150 tys. zł, by w praktyce stracili oni dostęp do rynku. W każdej chwili mogliby bowiem zostać usunięci z postępowań przetargowych, o ile tylko samorząd uzna, że samo wymierzenie kar – nawet mimo toczących się postępowań sądowych o unieważnienie tych decyzji – źle rokuje na przyszłość i może uniemożliwić wypełnienie postanowień umowy. W przeciwnym razie, jeżeli KIO uzna inaczej, wszystkie samorządy otrzymają jasny sygnał, że nie mogą interpretować przepisów tak rozszerzająco i nie mogą odrzucić firmy, która na dzień składania oferty spełnia wszystkie wymogi formalne.

Trzy nagłe ciosy i (prawie) nokaut?

Sprawa dotyczy spółki miejskiej, która ogłosiła przetarg na zagospodarowanie odpadów. Jednym z warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia było to, że wykonawca powinien posiadać zezwolenie na przetwarzanie odpadów lub pozwolenie zintegrowane. Co ważne, spółka zastrzegła, że musi ono być ważne przez cały okres realizacji usługi. W tym przypadku było to 12 miesięcy. Do przetargu stanęła firma, która posiadała stosowną decyzję zezwalającą na przetwarzanie odpadów. W trakcie rozpatrywania ofert na jaw wyszły jednak dodatkowe informacje, które zaważyły na losie całego przetargu. Okazało się, że wojewódzka inspekcja ochro-

ny środowiska wymierzyła firmie trzy kary administracyjne za przetwarzanie/zbieranie odpadów bez zezwolenia lub niezgodnie z zezwoleniem. Dwie z nich zostały wymierzone tego samego dnia i dotyczyły dwóch różnych zakładów obsługiwanych przez spółkę. Opiewały łącznie na kwoty ponad 687 tys. zł. Trzecia została nałożona niespełna dwa miesiące później i wynosiła 100 tys. zł. Dotyczyła również nieprawidłowości w jednym z zakładów, w którym już raz inspektorzy ochrony środowiska dopatrzili się niezgodnego z prawem przetwarzania odpadów bez odpowiedniego zezwolenia.

To nie wysokość była jednak największym zmartwieniem dla firmy, tylko konsekwencje określone w znowelizowanych przepisach ustawy o odpadach. Mowa o art. 46 ust. 1e pkt 2 lit. b teżej ustawy, z którego wynika, że już trzykrotne wymierzenie w ciągu 10 lat kar ostatecznych na kwotę łącznie przekraczającą 150 tys. zł powoduje cofnięcie zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub automatyczną odmowę wydania decyzji przez właściwy organ. Firma odwołała się do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, który utrzymał w mocy dwie z trzech decyzji WIOŚ, a w przypadku trzeciej – zmniejszył wysokość obciążenia. Tym sposobem z powodu rozpatrzenia odwołania przez organ wyższej instancji wszystkie decyzje stały się ostateczne. Na dwie z nich firma złożyła skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego i sprawy są w toku. Trzecia decyzja, która nie została zaskarżona i dotyczyła kary w wysokości 100 tys. zł, uprawomocniła się.

Działanie na wszelki wypadek...

Tu dochodzimy do sedna sporu. Dowiedziawszy się o karach wymierzonych przez WIOŚ, spółka miejska odrzuciła ofertę firmy (miało to miejsce w sierpniu, a 9 września sprawa trafiła do KIO). „Ryzyko wynikające z utraty uprawnień do przetwarzania odpadów w instalacjach własnych uniemożliwi realizację umów w sposób ciągły, niezakłócający wykonywania przez spółkę powierzzonego zadania” – czytamy w uzasadnieniu gminy. Na tej podstawie miasto uznało więc, że oferta firmy jest niezgodna z SIWZ, które jasno wyznaczają okres trwania usługi. Odrzucając ją, spółka miejska powołała się na art. 89 ust. 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r.). Stanowi on, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Eksperti branżowi nie kryją, że taka zapobiegawczość gminy może w pewnym stopniu być uzasadniona, bo nagle zniknięcie firmy świadczącej usługi komunalnej – czy to na skutek cofnięcia zezwoleń, czy rezygnacji z zadania – nastęrcza wiele kłopotów. W skrajnym przypadku gmina z dnia na dzień zostaje sama ze stale rosnącą górą odpadów, co wystawia na szwank nie tylko jej wizerunek, lecz także może uderzyć bezpośrednio w jej budżet. W obliczu stale przepelnionych altan śmietnikowych i rosnącego niezadowolonia mieszkańców gmina musiałaby bowiem naprędce rozpisywać przetarg i szukać nowego wykonawcy. I niewykluczone, że postawiona pod ścianą byłaby na straconej pozycji negocjacyjnej, co naraziłoby ją na wyższe koszty nowej usługi.

...może doprowadzić do absurdów?

W ocenie odrzuconej firmy takie prewencyjne wykluczenie z przetargu

było jednak niedorzeczne i niezgodne z przepisami, co skłoniło ją do złożenia odwołania do KIO. Podnosi w nim, że na dzień przystąpienia do postępowania przetargowego posiadała wszystkie niezbędne zezwolenia, a więc jej oferta w pełni odpowiadała wymogom określonym przez gminę w SIWZ, co czyniło argumentację miasta bezpodstawną. Zwróciła też uwagę, że odrzucono ją na podstawie przypuszczeń i z góry założonego hipotetycznego obrotu wypadków, który wcale nie musi się ziścić, bo sąd może jeszcze uchylć niekorzystne dla firmy decyzje ostateczne GIOŚ. Wtedy nie musiałaby płacić kar i nie zaszyby przesłanki do cofnięcia wydanych zgód na przetwarzanie odpadów. „Gdyby przyjął sposób rozumowania zamawiającego za prawidłowy, to nie byłoby możliwe wyłonienie jakiegokolwiek wykonawcy w jakimkolwiek postępowaniu, gdyż każdy podmiot teoretycznie może zostać ukarany znacznie nawet wyższą niż stanowiącą wartość 150 tys. zł, jednorazową karą administracyjną, co w konsekwencji doprowadzić może do utraty zezwolenia niezbędnego do wykonywania działalności – czytamy w uzasadnieniu odwołania firmy do KIO.

Hipotetyczna możliwość czy realne zagrożenie?

Zdaniem ekspertów nieposiadanie stosownych uprawnień bez wątpienia może być podstawą do odrzucenia oferty. Nie jest jednak oczywiste, czy taką podstawą może być już wysokie prawdopodobieństwo ich utraty. – Prawo zamówień publicznych nie zna prewencyjnego wykluczenia z postępowania – podkreśla Artur Wawryło, ekspert z zakresu zamówień publicznych. Jego zdaniem, skoro na dzień składania ofert wykonawca posiada stosowne uprawnienia, nie ma podstaw, żeby wykluczyć go na przyszłość.

Podobnego zdania jest adwokat Joanna Boroń, KBZ Żuradzka & Wspólnicy. – Znajdujące się w prawie zamówień publicznych katalogi przesłanek wykluczenia wykonawców (obligatoryjnych oraz fakultatywnych) nie wymieniają hipotetycznej bądź przyszłej możliwości utraty uprawnień przez podmiot jako warunku pozbawiającego go możliwości udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia – dodaje.

Z kolei Maciej Białek, senior associate z kancelarii Domański Zakrzewski Palinka, zwraca uwagę, że argumentacja zamawiającego opiera się na założeniu, że oferent utraci zezwolenie na skutek wymierzenia kar ostatecznych, a ta sprawa nie jest z góry przesądzona. – Ustawodawca nie przewidział mechanizmu automatycznej utraty zezwolenia wraz z nałożeniem trzeciej kary finansowej, dla takiego skutku wymagane jest wydanie osobnej decyzji. Warto podkreślić, że nawet jeśli na chwilę obecną spełniona jest przesłanka cofnięcia zezwolenia, to wciąż co najmniej możliwe jest inne rozstrzygnięcie. Ustawa wymaga, aby decyzje o ukaraniu były ostateczne – i ostatecznie niewątpliwie są. Natomiast co najmniej nieoczywisty byłby w tym kontekście skutek wstrzymania ich wykonania w postępowaniu sądowo-administracyjnym – mówi ekspert.

Zwraca też uwagę na kwestie czasowe. W tym przypadku spółka miejska rozpiła przetarg na 12 miesięcy. A to relatywnie krótko z perspektywy czasu trwania postępowań. – Wydanie rozstrzygnięcia o odmowie zmiany

i o cofnięciu zezwolenia teoretycznie może nastąpić w perspektywie kilku dni, ale równie dobrze kolejnych miesięcy. Do tego przedsiębiorcy będzie przysługiwało prawo złożenia odwołania w ustawowym terminie. Postępowanie odwoławcze formalnie powinno zakończyć się w ciągu miesiąca, jednak w praktyce termin ten bywa dużo dłuższy. Scenariusz, w którym w okresie trwania umowy ostateczna decyzja o cofnięciu zezwolenia nie zostanie wydana, oczywiście jest co najmniej możliwa, ale nie wydaje się bardzo prawdopodobna – twierdzi Maciej Białek.

Z drugiej strony, co podkreśla ekspert DZP, przegląd orzeczeń dotyczących kar pieniężnych za gospodarowanie odpadami z ostatnich lat wskazuje, że w ok. 80 proc. spraw skargi są oddalane, a kary utrzymane. – Czysto statystycznie, prawdopodobieństwo korzystnego rozstrzygnięcia dla ukaranego wykonawcy nie jest zatem wysokie. Natomiast wystarczy, że sąd dostrzeże błąd w wyliczeniu kwoty kary, aby sprawa została skierowana do ponownego rozpoznania, a wykonawca mógł w tym czasie korzystać z posiadanego zezwolenia. Istota problemu – konkluduje Białek.

Gminy bezbronne czy tylko nieprzygotowane?

Czy to oznacza, że samorządy mają związane ręce i nie mogą zabezpieczyć się na wypadek potencjalnych problemów z wykonawcą? Bynajmniej. Jak podkreśla Joanna Boroń, zamawiający nie musi ignorować informacji o możliwej utracie uprawnień np. w związku z nałożonymi karami. – W takich sytuacjach najlepszym i najbezpieczniejszym wyjściem dla zamawiającego będzie zawarcie w umowie z wykonawcą klauzuli przewidującej utratę przez wykonawcę uprawnień niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy w czasie jej trwania – radzi Joanna Boroń. Taka klauzula pozwala zamawiającym na natychmiastowe odstąpienie od umowy z jednoczesnym pociągnięciem wykonawcy do odpowiedzialności za ujemne skutki ekonomiczne i prawne, z jakimi przyjdzie się im zmierzyć z powodu niewypełnienia zobowiązania umownego. I właśnie tych ujemnych skutków może obawiać się zamawiający. Gdyby do utraty uprawnień jednak doszło, to jak wytłumaczyć np. mieszkańcom, że wybrał ofertę wykonawcy „wysokiego ryzyka”? Zdaniem dr Wojciecha Hartunga z kancelarii DZP można tu rozważyć zastosowanie fakultatywnej przesłanki wykluczenia dotyczącej zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, którym byłoby dopuszczenie do sytuacji powodującej utratę zezwolenia poprzez doprowadzenie do trzykrotnego nałożenia kar. – Co prawda obejmuje ona okres ostatnich trzech lat (a nie 10), ale tu wystarczająca mogłaby się okazać ostatnia z nałożonych na wykonawcę kar, bowiem to ona sprawia, że zachodzą przesłanki do braku przedłużenia zezwolenia – wyjaśnia ekspert.

Podstawa prawna

- art. 46 ust. 1e pkt 2 lit. b ustawy 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 779; ost.zm. Dz.U. z 2021 r. poz. 1648)
- art. 14 ustawy z 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1592; ost.zm. Dz.U. z 2019 r. poz. 15)
- art. 89 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), obecnie art. 226 ustawy z 1 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129; ost.zm. Dz.U. z 2021 r. poz. 1598)