

POSTANOWIENIE

z dnia 5 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza-w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 5 marca 2022 roku w Warszawie wniosku z dnia 2 marca 2022 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – Gminę Świdnica z siedzibą w Świdnicy

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych pozostających w gminnym systemie gospodarki odpadami na terenie gminy Świdnica, woj. Świdnica” (publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 008-015765 z dnia 12 stycznia 2022 r.).

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy przed wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Świdnica wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych pozostających w gminnym systemie gospodarki odpadami na terenie gminy Świdnica, woj. Świdnica”, przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zamawiający we wniosku podniósł, że termin realizacji umowy na odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Świdnica zawartej z dotychczasowym wykonawcą (odwołującym) upłynął w dniu 28.02.2022 r.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia objęty postępowaniem o udzielenie zamówienia w ocenie Zamawiającego zachodzi natychmiastowa potrzeba zawarcia umowy i wszczęcia przez wyłonionego wykonawcę wykonywania usługi.

Jak wiadomo odbiór odpadów jest to usługa, która powinna być świadczona w sposób ciągły i niezakłócony. Mieszkańcy nie mogą czekać z odbiorem odpadów. Odpady powinny być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzać zagrożeń epidemiologicznych szczególnie w okresie obowiązującego od marca 2020 r. stanu epidemii w związku z rozprzestrzenianiem się choroby zakaźnej wywołanej wirusem SARS-CoV-2, zwanej COVID-19, czy obecnej sytuacji związanej z napływem obywateli Ukrainy. Przerwa w świadczeniu tej usługi może spowodować wystąpienie zagrożenia epidemiologicznego, którą odczuli by nie tyle sam Zamawiający, ale w szczególności mieszkańcy gminy, za których bezpieczeństwo jest odpowiedzialny. Bez wątpienia bezzwłoczne wykonanie zamówienia leży w interesie publicznym, gdyż wystąpienie zagrożenia epidemiologicznego może się wiązać z wystąpieniem zagrożenia życia i zdrowia mieszkańców.

Zamawiający uważa, że postępowanie Odwołującego godzi w znaczący sposób w interes publiczny, interes Zamawiającego i mieszkańców gminy i jest wynikiem wyboru oferty konkurencyjnej w stosunku do niego, a tym samym zmierzającym do uniemożliwienia Zamawiającemu kontynuacji świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów od mieszkańców gminy. Chęć osiągnięcia zysku, które przyświeca działaniu Odwołującego, jest niewspółmierne w stosunku do interesu publicznego. Odwołanie w głównej mierze dotyczy zaniechania przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień istotnej części składowej ceny. Zdaniem Odwołującego wskazana cena jest stawką nierealną. Jednak zdaniem Zamawiającego Odwołujący formułując zarzut nie wziął pod uwagę istotnych warunków, które miały wpływ na zaproponowaną przez konkurenta cenę oraz rozsądne gospodarowanie

środkami finansowymi przez Zamawiającego będącym w jego dyspozycji co przejawia się m.in. w pozyskiwaniu usług należytej jakości w konkurencyjnej cenie.

Dodatkowo Zamawiający wskazał na wyjątkowe okoliczności zaistniałe u Zamawiającego w okresie pomiędzy upływem terminu dotychczasowej umowy na odbiór odpadów z terenu gminy a wszczęciem postępowania zmierzającego do zawarcia kolejnej umowy na usługę odbioru opadów tj. śmierć ówczesnego wójta gminy i wyboru nowego.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy w opinii Zamawiającego niezawarcie umowy na usługę odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu gminy 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 a nadto uważamy, że ze względu na treść odwołania jest on wnoszone wyłącznie w celu

uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała miejsce w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 008-015765 z dnia 12 stycznia 2022 r.

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami, dalej jako „Pzp”). Regulacje ustawy Pzp stosuje się również do postępowania odwoławczego.

W dniu 17 lutego 2022 roku Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez B+C Eko-Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Sulechowie, (dalej: „Wykonawca”); na kolejnym miejscu w rankingu ofert znalazła się wykonawcy PreZero Service Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcu.

W dniu 28 lutego 2022 roku wykonawca PreZero (dalej „Odwołujący”) złożył odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność badania i oceny ofert. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania B+C do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie istotnej części składowej ceny – stawki za zagospodarowanie odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 w kwocie 360 zł netto za 1 Mg,
- 2) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy B+C do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci

zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem.

Odwołujący wnosił o:

- I. unieważnienia czynności wyboru oferty B+C jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- II. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku:
 - 1) wezwanie B+C do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie istotnej części składowej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp,
 - 2) wezwanie B+C do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem.

W aktach sprawy odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca B+C Eko-Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulechowie.

W sprawie odwoławczej został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy na dzień 14 marca 2022 roku na godz. 10.00. Termin rozpoznania wniosku upływał w dniu 7 marca 2022 roku.

Izba, mając na uwadze okoliczności wskazane w treści wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, w szczególności zadania jakie mogą być realizowane przy użyciu przedmiotu usług uznała, że złożony wniosek zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Pzp 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.

Izba badając przesłanki możliwości uchylenia zakazu zawarcia umowy z wniosku Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, uznała, że wniosek jest zasadny.

W ocenie Izby wskazane przez wnioskodawcę okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny, że brak zawarcia umowy mógłby 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 tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wykazał we wniosku obiektywne okoliczności, wynikające z charakteru zamówienia. Wskazał, że ze względu na panującą sytuację epidemiologiczną – epidemię wirusa Covid-19, istnieje konieczność zapewnienia stałego i ciągłego odbioru odpadów od mieszkańców Gminy, by nie narażać ich na wystąpienie zwiększonego niebezpieczeństwa epidemiologicznego. Możliwe jest także wystąpienie dodatkowego zagrożenia sanitarnego i bakteriologicznego. W ocenie Izby ryzyko tych zjawisk jest o tyle wysokie z uwagi na wysoki poziom zakaźności wirusa, notowany wysoki poziom zgonów oraz wystąpienie konfliktu zbrojnego w Ukrainie, co spowodowało znaczny napływ ludności cywilnej, ewakuowanej z terenów objętych działaniami zbrojnymi, a także relokację uchodźców na terenie całej Polski.

Celem rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu jest umożliwienie zawarcia umowy realizującej przedmiot zamówienia, a jej realizacja ma uniemożliwić wystąpienie negatywnych skutków dla interesu publicznego. Zamawiający prawidłowo określił w jakich dziedzinach mamy w przedmiotowym postępowaniu do czynienia z interesem o charakterze publicznym, zamówienie dotyczy usług realizowanych dla ogółu mieszkańców gminy, jest zadaniem własnym jednostki, ma charakter usług użyteczności publicznej. Wykonania takich zadań Gmina nie może zapewnić w inny sposób niż przez wybór wykonawcy przy uwzględnieniu reguł ustawy Prawo zamówień publicznych. Korzystanie z trybów o charakterze niekonkurencyjnym do momentu wydania orzeczenia przez Izbę może narazić Zamawiającego i mieszkańców na ponoszenie niezasadnie większych kosztów wykonania usługi. Usługi tego rodzaju muszą być świadczone nieprzerwanie, w sposób ciągły.

Jak wynika ze stanowiska doktryny i judykatury pojęcie interesu publicznego nie ma charakteru jednolitego i stałego ale na potrzeby konkretnego przypadku należy go ustalić i skonkretyzować w odniesieniu do uwarunkowań konkretnej sprawy. Zawsze dotyczy on pewnego ogółu i nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się zaś do interesu jednostkowego lub określonej grupy osób, a skutki jego naruszenia będą mieć powszechny charakter.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez Ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego

(tj. w interesie publicznym, społecznym) zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości:

- bezpieczeństwa prawnego,
- porządku publicznego,
- ochrony środowiska,
- ochrony zdrowia publicznego,
- ochrony moralności publicznej,
- wolności i praw innych osób.

Analogiczne kryteria zawiera art. 30 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który istnienie interesu publicznego uzasadnia względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej.

Ponadto w ocenie składu orzekającego Zamawiający uprawdopodobnił, że wniesienie odwołania ma na celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Słusznie we wniosku Zamawiający zauważył, że Odwołujący, dąży do przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia i postępowania odwoławczego. Odwołujący kwestionuje cenę jednostkową jednego tylko elementu i nie dokonał jej analizy, biorąc pod uwagę sposób gospodarowania środkami finansowymi przez Zamawiającego.

Takie działanie jest nie do pogodzenia z interesem publicznym. Okoliczności wykonywania zadań na rzecz ogółu, nieograniczonej liczby osób przewyższając powinny konieczność zapewnienia ochrony jednostce. Poza tym w sytuacji uznania zarzutów odwołania za zasadne Izba ma możliwość unieważnienia umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych, może nałożyć karę finansową na Zamawiającego, może orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy, stwierdzić naruszenie przepisów ustawy Pzp. Zatem również interes podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą korzystającego ze środków ochrony prawnej pozostaje zabezpieczony. W sprawie wyznaczono niedaleki termin na przeprowadzenie posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, przypadający jednak przed upływem terminu na rozpoznanie niniejszego wniosku, co oznacza jednak, że nawet w przypadku unieważnienia umowy lub skrócenia okresu jej obowiązywania, Wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej nie poniesie negatywnych konsekwencji finansowych nieuzyskania przedmiotowego zamówienia.

Reasumując Izba uznała, że wskazywane we wniosku negatywne skutki niezawarcia umowy w przedmiocie zamówienia przewyższały 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 tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz interesu Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 578 ust. 4 zdanie 2 ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: