

POSTANOWIENIE

z dnia 15 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Anna Wojciechowska
Anna Chudzik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 15 marca 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 10 marca 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez:

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w mieście stołecznym Warszawie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Obozowa 43

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego :

w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zmianami), na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 158 900 Mg”

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w dniu 10 marca 2021 r. złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy powstały w związku z wniesieniem w dniu 5 marca 2021 r. przez J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka (dalej też jako: „Odwołujący” lub „Lekaro”), odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 158 900 Mg” Nr sprawy DZA.ZOZ.27.03.2021.LK.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 578 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza 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.

Zamawiający oparł wniosek o uchylenie zakazu na obu przesłankach.

W odniesieniu do przesłanki określonej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy w ocenie zamawiającego okoliczności sprawy potwierdzają, że niezawarcie umowy przed terminem ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, a negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że jest podmiotem, któremu powierzono do realizacji zadanie własne Miasta Stołecznego Warszawy polegające na zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w instalacjach własnych i zewnętrznych począwszy od 2019 r. (Uchwała Nr LII/ 1251/2017 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 6 lipca 2017 r., zwana dalej „Uchwałą”), co stanowi usługi publiczne (zwane dalej „Usługami Publicznymi”). Odpowiednie postanowienia w tym zakresie zostały zamieszczone w Akcie Założycielskim MPO. Zasady, na jakich zamawiający winien świadczyć ww. Usługi Publiczne, uregulowane zostały w umowie wykonawczej zawartej 12 grudnia 2017 r. pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa a MPO. Zamawiający zobligowany jest w pierwszej kolejności do zagospodarowania odpadów w instalacjach własnych, zaś w zakresie, który nie może być

realizowany samodzielnie przez niego, zamawiający wyłania podmioty trzecie, które zagospodarują odpady. Świadczenie Usług Publicznych przez zamawiającego odbywa się w granicach powierzenia dokonanego Uchwałą oraz Aktem Założycielskim i obejmuje m.in.:

- unieszkodliwianie i odzysk odpadów w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w instalacjach,
- zawieranie z podmiotami trzecimi umów na zagospodarowanie odpadów, w szczególności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie, w jakim zagospodarowanie odpadów nie będzie następowało w instalacjach prowadzonych przez MPO.

MPO nie posiada wystarczających mocy przerobowych we własnych instalacjach, zatem zawiera umowy na zagospodarowanie odpadów z podmiotami trzecimi. Zgodnie z ustaleniami z Miastem Stołecznym Warszawa zamawiający jest zobowiązany poinformować Miasto Stołeczne Warszawa o miejscach zagospodarowania odpadów nie później niż na 28 dni przed rozpoczęciem świadczenia

Jako dowód zamawiający powołał umowę wykonawczą wraz z aneksami.

Zamawiający w wykonaniu powierzonych Usług Publicznych, aktualnie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zagospodarowanie odpadów komunalnych w celu wyłonienia podmiotów trzecich świadczących zagospodarowania. Z uwagi na wniesione odwołania i wywołane nimi postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 111/21, KIO 142/21, KIO 143/21, KIO 161/21, KIO 162/21, KIO 165/21, KIO 168/21 rozpoznawane łącznie), których rozpoznanie przedłużało się, co nie było możliwe do przewidzenia przez zamawiającego (odwołania zostały wniesione 7 i 11 stycznia 2021 r.; postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego dot. KIO 111/21 zamawiający otrzymał w dniu 25.02.2021 r., natomiast w pozostałym zakresie ogłoszenie orzeczenia nastąpi dopiero 12 marca 2021 r.), w celu zagwarantowania nieprzerwanego zagospodarowania odpadów po 1 kwietnia 2021 r. z 16 dzielnic Miasta Stołecznego Warszawy (umowy dla tych dzielnic obowiązują do 31 marca 2021 r.) Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia (sporne postępowanie). Zamawiający przewidział realizację usług zagospodarowania do 30 czerwca 2021 r. Termin ten mógł ulec skróceniu w sytuacji, w której zamawiający w wyniku prowadzonej procedury w trybie konkurencyjnym wyłoni wykonawców do zagospodarowania odpadów komunalnych z dzielnic objętych postępowaniem. Umowy miały więc zostać zawarte na czas niezbędny do zakończenia postępowań przetargowych, Zawarcie umów nastąpić miało niezwłocznie z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia. Wniesienie odwołania uniemożliwia zawarcie umów w tym postępowaniu z wykonawcami posiadającymi stosowne uprawnienia, a tym samym zapewnienie świadczenia usług zagospodarowania odpadów zgodnie z wymaganiami przepisów prawa po zakończeniu dotychczasowych umów przetargowych. Zamawiający uważa zatem, że został pozbawiony możliwości organizacji

usług zagospodarowania odpadów z 16 (na 18) dzielnic Warszawy, a w konsekwencji uniemożliwia przekazanie informacji o nowych miejscach przetwarzania odpadów podmiotom odbierającym odpady ze wskazaniem terminów, od których są zobowiązane dostarczać do nich odpady, co jest niezbędne z uwagi na upływ terminów realizacji umów przetargowych oraz wymagania umowy wykonawczej. Podkreślił, że stanowi to istotne zagrożenie dla ciągłości realizacji odbioru i zagospodarowania odpadów odbieranych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy, a to z kolei zagraża bezpieczeństwu i zdrowiu publicznemu, ponieważ wprowadza dodatkowe zagrożenie epidemiczne dla mieszkańców. Jest to szczególnie niebezpieczne w okresie trwającej epidemii SARS-CoV-2. Podniósł, że nie ma możliwości przewidzenia, jak długo będzie trwało postępowanie odwoławcze, zatem stan niepewności utrzymywać się będzie przez bliżej nieokreślony czas.

Interesem publicznym jest w tym przypadku utrzymanie ciągłości usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy oraz zapobieżenie niekorzystnym skutkom dla bezpieczeństwa i zdrowia publicznego wynikającym z przerwania tej ciągłości. Negatywne skutki dla interesu publicznego są więc takie, że Odwołujący, blokując możliwość zawarcia umów w postępowaniu, naraża mieszkańców Warszawy na ryzyka związane z niezapewnieniem nieprzerwanego zagospodarowania odbieranych odpadów z 16 dzielnic Warszawy. Uchylenie zakazu zawarcia umowy i jej niezwłoczne zawarcie w poszczególnych zadaniach objętych postępowaniem w ocenie zamawiającego pozwoli na zabezpieczenie niezakłóconego świadczenia usług zagospodarowania odpadów odbieranych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy z 16 dzielnic Warszawy objętych postępowaniem do czasu rozstrzygnięcia prowadzonych postępowań konkurencyjnych, przekazanie odpowiednich informacji podmiotom odbierającym odpady oraz pewność co do przetwarzania odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami, co uchyła także zagrożenia wskazane powyżej. Jednocześnie zamawiający wskazał, że negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższają 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, ponieważ odwołujący blokuje możliwość zawarcia umów dla 16 dzielnic Warszawy, podczas gdy nie ma możliwości świadczenia usług w takim zakresie (nawet obecnie obsługuje tylko 3 zadania).

Ponadto nie ma on możliwości uzyskania zamówienia w postępowaniu, ponieważ nie brał w nim udziału, zatem żaden jego interes nie doznaje uszczerbku, ponieważ z kolei krąg podmiotów uczestniczących w negocjacjach bez ogłoszenia ustala zamawiający.

W ocenie zamawiającego celem odwołującego nie jest zatem ochrona żadnych interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, a wyłącznie zablokowanie możliwości

zawarcia w nim umów z innymi podmiotami niż odwołujący, na co zamawiający wskazał w dalszej części wniosku.

W odniesieniu do przesłanki określonej w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy obowiązkiem zamawiającego jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Zdaniem zamawiającego w niniejszej sprawie zachodzi właśnie taki przypadek, tj. wniesienie odwołania jest wyłącznie nakierowane na uniemożliwienie zakończenia postępowania i zawarcia umów z wykonawcami, którzy złożyli oferty najkorzystniejsze w poszczególnych częściach (zadaniach). Celem odwołującego jest wyłącznie doprowadzenie do przewlekłości w udzieleniu zamówienia, ponieważ to nie szybkie rozstrzygnięcie odwołania jest korzystne dla odwołującego, ale samo jego wniesienie skutkujące blokadą zawarcia umów, a następnie możliwie najdłuższe procedowanie postępowania odwoławczego. Wniosek zamawiającego uprawdopodobnia następujące okoliczności.

1. Zawarcie przez zamawiającego umów z innymi wykonawcami wyłonionymi w wyniku przeprowadzonego postępowania oznaczać będzie, że odwołujący - jako podmiot odbierający odpady z terenu m.st. Warszawy z dzielnic Praga Północ i Praga Południe (zadanie 5) oraz Wawer, Rembertów, Wesola (zadanie 6) - po 31 marca 2021 r. będzie zobowiązany do przekazania odbieranych odpadów do nowego miejsca przetwarzania odpadów prowadzonego przez wykonawcę wyłonionego w wyniku przeprowadzonego postępowania, a nie do własnej instalacji, jak czyni to obecnie (w zadaniu 5 i 6 odwołujący zarówno odbiera odpady na podstawie umowy z m.st. Warszawa, jak i przetwarza je na podstawie umowy z MPO, przy czym końcowy termin realizacji usług przetwarzania zgodnie z zawartą umową przetargową został ustalony na 31 marca 2021 r.). Informacja o nowych miejscach przetwarzania odpadów przekazywana jest wykonawcy odbierającemu odpady (tu: odwołującemu) nie później niż 28 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług transportu do nowego miejsca przetwarzania odpadów i po tym terminie powinien on transportować odpady do nowego miejsca przetwarzania odpadów.
2. Nowe miejsce przetwarzania odpadów, które zostanie odwołującemu wskazane, może być położone poza terenem województwa mazowieckiego, nawet w znacznym oddaleniu od dotychczasowej instalacji, czego Odwołujący ma świadomość, ponieważ podczas postępowań odwoławczych o sygn. KIO 142/21 KIO 143/21, KIO 161/21, KIO 162/21, KIO 165/21, KIO 168/21 (co najmniej z tego źródła) uzyskał informacje, że w postępowaniu oferty złożyły podmioty posiadające instalacje znacznie oddalone od m.st. Warszawy i poza województwem mazowieckim.

3. Odwołujący kontestuje przekazywanie odpadów do zagospodarowania do instalacji znacznie oddalonych od Warszawy, oczekując preferencji dla instalacji znajdujących się w pobliżu Warszawy, czemu dał wyraz w odwołaniach o sygn. akt KIO 165/21 oraz KIO 168/21. Jako dowód zamawiający powołał odwołanie wniesione przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 165/21 oraz KIO 168/21

Ogłoszenie wyroku w tym postępowaniu nastąpi w dniu 12 marca 2021 r. Ewentualny niekorzystny dla odwołującego wyrok skutkował będzie zwiększeniem konkurencyjności w prowadzonym postępowaniu przetargowym, a w konsekwencji większą elastycznością cenową w celu uzyskania zamówienia. Zawarcie umów na warunkach cenowych takich jak w funkcjonujących umowach przetargowych nie będzie realne, czego odwołujący ma świadomość.

4. Ponadto do dnia 31 marca 2021 r. odwołujący realizuje także usługi zagospodarowanie odpadów z dzielnicy Mokotów (zadanie 3) (gdzie nie jest odbierającym odpady) na podstawie umowy przetargowej zawartej z zamawiającym. Zawarcie umowy z wykonawcą wyłonionym w postępowaniu na zagospodarowanie odpadów w zadaniu 3 oznaczać będzie utratę szansy na świadczenie tych usług przez odwołującego, a zarazem przychodów, które z ich świadczenia wynikały.

5. Wyżej wymienione niekorzystne skutki następują, o ile podpisane zostaną umowy z wykonawcami, których oferty zostaną uznane za najkorzystniejsze w postępowaniu.

Wnosząc odwołanie, którego dotyczy wniosek, odwołujący uniemożliwia zamawiającemu podpisanie umów z wykonawcami wyłonionymi w postępowaniu na poszczególne zadania, w tym na zadania 5 i 6, z których odpady odbiera odwołujący. Blokowanie zawarcia umów w postępowaniu skutkuje w zadaniu 5 i 6 przewlekaniem momentu przekazania odwołującemu informacji o nowym miejscu (miejscach) zagospodarowania odpadów oraz przesuwu w czasie termin, od którego będzie zobowiązany dostarczać odpady do nowego miejsca (miejsc). Jak zamawiający wskazał powyżej, wykonawcy odbierający odpady powinni uzyskać informację o miejscu przetwarzania odpadów co najmniej 28 dni wcześniej nim rozpoczną świadczenie usługi transportu do tego miejsca. Ma to szczególne znaczenie, gdy na skutek podpisania umów z wykonawcami wyłonionymi w postępowaniu odwołujący będzie zobowiązany do transportu odpadów do innych instalacji niż jego własna oraz na znacznie większe odległości, co było przez niego kontestowane w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 142/21 KIO 143/21, KIO 161/21, KIO 162/21, KIO 165/21, KIO 168/21. Im dłużej trwa blokada zawarcia umów w postępowaniu, tym bardziej termin na rozpoczęcie usług transportu do nowej (nowych) instalacji będzie się przesuwiał poza 1 kwietnia 2021 r. (31 marca 2021 r. zakończy się okres realizacji umów na zagospodarowanie odpadów w zadaniu 5 i 6 przez odwołującego na podstawie umowy przetargowej).

7. Zdaniem zamawiającego uzasadniony jest wniosek, że odwołujący, wnosząc odwołanie, może również zakładać, że w ten sposób zwiększają się jego szanse na zawarcie umów na okres po 31 marca 2021 r., skoro informacja o miejscu przetwarzania odpadów powinna zostać przekazana co najmniej 28 dni wcześniej, nim rozpocznie się świadczenie usługi transportu do tego miejsca. Równocześnie z uwagi na specyfikę usług zagospodarowania odpadów, które muszą być wykonywane w sposób nieprzerwany i niezakłócony, Zamawiający jest zobowiązany zapewnić zagospodarowanie odpadów odbieranych (w tym z zadania 5 i 6) po 31 marca 2021 r. oraz wskazać Miastu Stołecznemu Warszawa miejsca przetwarzania odpadów, do których mają być przekazywane odpady od mieszkańców z poszczególnych dzielnic. Zasadny jest zatem wniosek zamawiającego, że odwołujący zakłada lub co najmniej możliwe jest przypisanie mu takiej intencji, że przedłużając postępowanie przez wniesienie odwołania i blokując w ten sposób zawarcie nowych umów, niejako „skazuje” zamawiającego na świadczenie usług przez odwołującego lub z jego udziałem, ponieważ zawarcie z nim umów nie wymaga zmiany dotychczasowych miejsc przetwarzania odpadów (nie jest konieczne przekazanie podmiotowi odbierającemu informacji o miejscach przetwarzania odpadów, gdyby nie ulegały zmianie) lub też — w przypadku zmiany — nie będzie wobec niej oponował, skoro zamówienie byłoby realizowane przez niego lub z jego udziałem (sam wskazałby instalacje).

8. Tym samym, według zamawiającego za uprawdopodobniony należy uznać wniosek, że, przedłużając postępowanie przez wniesienie odwołania, odwołujący zakłada, że zwiększa swoje szanse na czerpanie zysków z dalszej realizacji umów na zagospodarowanie odpadów w zadaniach 3, 5 i 6 oraz zachowuje kontrolę nad tym, do jakich instalacji będzie transportował odpady jako odbierający odpady z terenu m.st. Warszawy z zadań 5 i 6. Im dłużej będzie trwało postępowanie odwoławcze, tym dłuższej umowy może oczekiwać odwołujący, ponieważ przesunąć się będzie termin 28 dni na uprzednie powiadomienie (brak zawarcia umów oznacza, że nie rozpoczyna on biegu). Unika także transportu do instalacji bardziej oddalonych od dotychczasowego miejsca świadczenia usług. Szans tych zostałby pozbawiony (lub byłyby one znacznie ograniczone) w przypadku zawarcia umów w postępowaniu z innymi wykonawcami niż on sam, ponieważ najpóźniej po upływie 28 dni od przekazania mu informacji o miejscu przetwarzania odpadów, byłby zobowiązany do transportu do nowych instalacji niezależnie od miejsca ich położenia,

9. Powyższy wniosek potwierdzają okoliczności ustalone przez zamawiającego dotyczące wniesionego odwołania. Zamawiający otrzymał kopię odwołania, do której nie został dołączony załącznik nr 3 — dowód uiszczenia wpisu od odwołania. Zdaniem zamawiającego może to wskazywać, że odwołanie także do Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione z brakami formalnymi. Zamawiający podjął próbę weryfikacji tej okoliczności w Biurze Odwołań, gdzie otrzymał telefoniczną informację o braku dołączenia dowodu uiszczenia wpisu od

odwołania wniesionego do KIO. Może to nadto potwierdzać, że wpis od odwołania w ogóle nie został uiszczony. Odwołujący w ostatnim okresie uczestniczył w kilku postępowaniach odwoławczych i posiada lub co najmniej może posiadać wiedzę o tym, że mają miejsce opóźnienia w procedowaniu odwołań. Jest faktem notoryjnym, że wniesienie odwołania z brakami formalnymi wydłuża postępowanie odwoławcze, ponieważ ani zwrot odwołania ani jego dalsze procedowanie nie są możliwe bez uprzedniego wezwania do ich uzupełnienia i wyznaczenia ustawowego terminu trzech dni, który nie może być skrócony. Następnie nawet w przypadku ich nieuzupełnienia konieczne jest wydanie postanowienia o zwrocie, a następnie jego doręczenie stronom, w tym zamawiającemu. Wniesienie odwołania obarczonego brakami formalnymi dodatkowo przyczynia się więc do przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i blokowania zawarcia umowy (umów) w tym postępowaniu, co jak wskazano powyżej jest korzystne dla odwołującego. Z kolei w przypadku uzupełnienia braków formalnych odwołania istnieje możliwość jego wycofania, aż do dnia wydania wyroku przez KIO, a jeżeli wycofanie nastąpi w dniu poprzedzającym wyznaczenie posiedzenia i rozprawy, wnoszący odwołanie ryzykuje jedynie 10% wartości wpisu. W ten sposób odwołujący przez wniesione odwołanie może sterować okresem zawieszenia możliwości zawarcia umów w postępowaniu nawet gdy jego celem nie jest rozpoznanie zarzutów odwołania.

Dodatkowym potwierdzeniem powyższego jest także sposób sformułowania odwołania, jego lakoniczny charakter, w tym brak uzasadnienia dla zarzutu bezzasadnego zastosowania przez zamawiającego trybu negocjacji bez ogłoszenia (które sprowadza się do stwierdzenia, że odwołujący z nim się nie zgadza). Choć oczywiście zarzuty odwołania nie są przedmiotem rozpoznania przez Izbę w odniesieniu do wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, jednak ogólnikowość argumentacji w odwołaniu czy w ogóle jej brak, według zamawiającego może wskazywać i stanowić uprawdopodobnienie, w połączeniu z pozostałymi okolicznościami, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie po to, aby formalnie zablokować zawarcie umowy. W przeciwnym razie, w ocenie zamawiającego, odwołujący dochowałby znacznie większej staranności, formułując i uzasadniając zarzuty odwołania, ponieważ skutkiem takiej niestaranności będzie oddalenie odwołania.

Wszystkie przywołane okoliczności w ocenie zamawiającego w wystarczający sposób uprawdopodobniają, że odwołujący wykorzystuje postępowanie odwoławcze nie do ochrony swoich uzasadnionych interesów, ale wyłącznie do blokowania zawarcia umów w postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania na udzielenie zamówienia na zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 91 000 Mg, 502 500 Mg i 86 000Mg. Postępowania te zostały wszczęte w dniach 28 i 31 grudnia 2020 r. Postępowania dotyczą dzielnic Warszawy i termin składania ofert był w tych postępowaniach wielokrotnie przesuwany i obecnie jest wyznaczony na dzień 16 marca 2021 r. W tych postępowaniach w dniach 7 i 11 stycznia 2021 r. odwołania wniosła J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka. Odwołania dotyczą treści siwz. Odwołujący podniósł m. in. zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji, przez brak uwzględnienia zasady bliskości w gospodarce odpadami, której wyrazem jest art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zmianami), i brak sformułowania wymogu, by:

1) instalacja komunalna, z której korzysta wykonawca na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia (w przypadku gdy do zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia Wykonawca będzie wykorzystywał instalacje własne) była instalacją położoną na terenie województwa mazowieckiego lub wpisaną na listę instalacji komunalnych prowadzoną przez Marszałka Województwa Mazowieckiego, oraz

2) stacja przeładunkowa (z której będzie korzystał Wykonawca na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia) była położona na terenie województwa mazowieckiego.

Wobec treści siwz poza odwołującym wpłynęły dalsze odwołania.

Odwołania są rozpoznawane łącznie, tak jak to wskazał zamawiający we wniosku i w dniu 12 marca 2021 r. zostało ogłoszone orzeczenie w tych sprawach. Izba wzięła pod uwagę fakt, że na dzień wydawania postanowienia nie upłynął jeszcze termin składania ofert, a zatem zakończenie tych postępowań przed dniem 31 marca 2021 r. praktycznie nie jest możliwe. Tym samym Izba ustaliła, że fakt zakończenia postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt KIO 111/21, KIO 142/21, KIO 143/21, KIO 161/21, KIO 162/21, KIO 165/21, KIO 168/21 nie daje zamawiającemu możliwości zapewnienia ciągłości usługi zagospodarowania odpadów komunalnych. Zamawiający zatem wszczął postępowanie na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 158 900 Mg” w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Termin składania ofert upłynął w tym postępowaniu w dniu 23 lutego 2021 r. Jest to postępowanie przewidujące maksymalny termin świadczenia usługi do końca czerwca 2021 r. Tym samym usługa miałaby być świadczona w okresie od 1 kwietnia 2021 r. do 30 czerwca 2021 r., czyli przez okres 3 miesięcy. W ocenie Izby ten czas daje zamawiającemu szansę na wyłonienie wykonawców w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. W ocenie Izba należy

także dać wiarę zamawiającemu, że nie był w stanie przewidzieć, że postępowanie odwoławcze w sprawach sygn. akt KIO 111/21, KIO 142/21, KIO 143/21, KIO 161/21, KIO 162/21, KIO 165/21, KIO 168/21 będzie prowadzone przez dwa miesiące, zamiast w terminie instrukcyjnym wynikającym z ustawy tj. piętnastu dni. Izba wzięła także pod uwagę, że zamawiający objął zamówieniem w trybie negocjacji bez ogłoszenia jedynie około 20% ilości odpadów jaka ma być zagospodarowana w ramach postępowań przetargowych, co także świadczy w ocenie Izby, że jest to ilość gwarantująca ciągłość usługi zagospodarowania w okresie pozwalającym na ukończenie postępowań przetargowych. Niewątpliwie należy przyznać rację zamawiającemu, że zagospodarowanie odpadów w dobie panującej epidemii jest istotnym zadaniem, służącym, w szeregu innych działań podejmowanych przez Państwo, do ograniczenia skali zachorowań.

Izba w całości w tym miejscu popiera i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone przez Izbę w postanowieniu z dnia 8 lipca 2020 r. w sprawie sygn. akt KIO/W 55/20, gdzie Izba odniosła się do pojęcia „interesu publicznego” :

„Pojęcie „interesu publicznego” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Niemniej jednak interes publiczny zawsze dotyczy pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się natomiast do interesu jednostkowego, czy też określonej grupy. Z jego naruszeniem mamy zatem do czynienia w przypadku, gdy skutki określonych działań będą miały powszechny charakter.

W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1 Konstytucji RP, który wspomina o Rzeczypospolitej jako "wspólnym dobru" wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w około 540 aktach prawnych.

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 te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując 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.”

W ocenie Izby przedmiot niniejszego wniosku dotyczy potrzeby ochrony zdrowia publicznego, zaprzestanie bowiem zagospodarowania odpadów mogłoby przełożyć się na zagrożenie sanitarne, a to z kolei ma bezpośredni związek z zagrożeniem dla życia i zdrowia mieszkańców. Nie można także nie zauważyć, że piętrzenie się odpadów niezagospodarowanych będzie także wpływać na jakość życia mieszkańców w regionach funkcjonowania instalacji komunalnych. Oczywiście interes publiczny musi być ważny i znaczący, aby móc skutecznie uprawniać do ograniczenia uprawnień wykonawcy związanych z wykonywaniem prawa do sądu. W ocenie Izby jednak zarówno ochrona zdrowia mieszkańców, jak i zapewnienie jakości ich życia dotyczą szerokiego kręgu podmiotów, którym przeciwstawić należy interes wykonawcy, ale także jego pracowników i podmiotów z nim powiązanych, które mogłyby odnieść korzyść z racji uzyskania choćby części zamówienia. Jednak Izba zauważa, że odwołujący nadal ma szansę na uzyskanie zysku z usług świadczonych zamawiającemu w zakresie zagospodarowania, gdyż nadal jest wykonawcą ubiegającym się o zamówienia w postępowaniach przetargowych, tym samym uszczerbek dla interesu indywidualnego należy ocenić w porównaniu z interesem publicznym jako nieznaczący.

Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający w trybie negocjacji bez ogłoszenia ograniczył czas trwania tego zamówienia do niezbędnego minimum dającego mu szansę na rozstrzygnięcie przetargów nieograniczonych.

Izba wzięła także pod uwagę argumentację zamawiającego, co do możliwości wniesienia odwołania w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Izba potwierdziła, że rzeczywiście odwołujący nie dołączył dowodu uiszczenia wpisu, jednocześnie ustaliła także, że wpis taki nie został zaksięgowany na rachunku bankowym Urzędu Zamówień Publicznych.

Już sam fakt niedołączenia dowodu uiszczenia wpisu w sytuacji wykonawcy, który regularnie korzysta z procedury środków ochrony prawnej może budzić wątpliwości, co do intencji wykonawcy. Słusznie zauważył zamawiający, że Prezes Izby nawet w sytuacji nie zaksięgowania wpisu na rachunku Urzędu, nie ma możliwości odstąpienia od wezwania do przedstawienia dowodu uiszczenia wpisu z ustawowo określonym terminem 3 dniowym, co skutkuje tym, że zanim odwołanie zostałoby ocenione jako nadające się do zwrotu od jego wpływu upłynęłoby minimum 4 – 5 dni. Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w dniu 5 marca 2021 r., co oznacza, że wykonawca mógł dążyć do uniemożliwienia

zamawiającemu zawarcia umowy, do czasu wydania orzeczenia w sprawach sygn. akt KIO 111/21, KIO 142/21, KIO 143/21, KIO 161/21, KIO 162/21, KIO 165/21, KIO 168/21.

Izba dostrzegła także, że odwołanie zostało wniesione przez pana K. S., a do odwołania nie dołączono pełnomocnictwa dla tej osoby, nie jest to właściciel firmy, ani także ujawniony w CEIDG pełnomocnik odwołującego, tym samym jest to kolejny brak formalny odwołania, który będzie generował potrzebę wezwania do uzupełnienia braków formalnych i dalsze wydłużenie postępowania o kolejne minimum 3 dni, oczywiście pod warunkiem uzupełnienia dowodu uiszczenia wpisu. Taka ilość braków formalnych pozwala Izbie dać wiarę zamawiającemu, że odwołanie wnoszone jest jedynie w celu uniemożliwienia zamawiającemu zawarcia umowy.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że obecnie zawarte umowy zostały zawarte do 31 marca 2021 r., wynika to z treści specyfikacji postępowań na zagospodarowanie odpadów w ilościach 91 000 Mg, 86 000 Mg i 502 500 Mg, które wskazują jako przewidywany termin rozpoczęcia świadczenia usługi 1 kwietnia 2021 r. Także wskazane przez odwołującego w odwołaniu postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na zagospodarowanie 23 000 Mg, w którym zawarto umowę z FBSerwis dotyczy okresu do 31 marca 2021 r. Sam odwołujący w odwołaniu podnosił, że jest wykonawcom realizującym zamówienia na rzecz zamawiającego, dlatego Izba nie znalazła podstaw do odmowy wiary twierdzeniom zamawiającego, że odwołujący ma interes w uniemożliwieniu zamawiającemu zawarcia umowy, aby zapewnić sobie dalsze świadczenie usług na rzecz zamawiającego, przez jak najdłuższy okres czasu. Izba dała też wiarę, że odwołujący broni się przed koniecznością zagospodarowywania odpadów w instalacjach komunalnych, które nie będą się ograniczać do terenu województwa mazowieckiego, gdyż taki zarzut został bezpośrednio podniesiony w odwołaniach sygn. akt KIO 165/21 i 168/21. Tym samym Izba dała wiarę twierdzeniom zamawiającego, że odwołującemu można przypisać działanie w celu uniemożliwienia zamawiającemu zawarcia umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła o uchyleniu zakazu na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy.

Przewodniczący:

.....

.....