

Sygn. akt KIO/W 3/23

POSTANOWIENIE
z dnia 17 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 17 stycznia 2023 r. w Warszawie wniosku z dnia 14 stycznia 2023 r. r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 103/23, wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Suwałkach sp. z o.o. w Suwałkach, działające w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz Zarządu Dróg i Zieleni w Suwałkach** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *dostawę oleju napędowego*.

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy

do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt 103/23

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Suwałkach sp. z o.o. w Suwałkach, działające w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz Zarządu Dróg i Zieleni w Suwałkach, zwane dalej: „*Zamawiającym*”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej: „*ustawą Pzp*”, na: „*dostawę oleju napędowego*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 listopada 2022 r. nr 2022/S 220-633680.

W dniu 14 stycznia 2023 r. zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt 103/23. Wniosek ten został złożony w związku z wniesieniem w dniu 12 stycznia 2023 r. odwołania przez wykonawcę ARAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wyszkowie spółka komandytowa w Wyszkowie.

Zamawiający wskazał, że Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Suwałkach Spółka z o.o. w Suwałkach oraz Zarząd Dróg i Zieleni w Suwałkach, wspólnie wszczęli postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę oleju napędowego dla potrzeb realizacji zadań publicznych, dla których zostali powołani (dotychczasowa umowa na dostawę oleju napędowego obowiązywała do dnia 31 grudnia 2022 r.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/ S 181-511461. Zamawiający wskazał, że przedmiotowe postępowanie, w którym udział wzięli wyłącznie odwołujący, zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp. Celem wykazania powyższego złożył:

Dowód: 1. Porozumienie w zakresie wspólnego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 29 sierpnia 2022 r.

Dowód: 2. Umowa z dnia 10 grudnia 2019 r.

Dowód: 3. Identyfikator ogłoszenia z dnia 15 i 20.09.2022 r.

Dowód: 4. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 25 października 2022 r. wraz z potwierdzeniem przesłania na skrzynkę Odwołującego.

Zamawiający wskazał, że 10 listopada 2022 r. ponownie zostało wszczęte postępowanie, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/ S 220-633680, postępowanie zostało rozstrzygnięte w dniu 3 stycznia 2023 r. Celem wykazania powyższego złożył dowód nr 5 - Identyfikator ogłoszenia z dnia 10 i 15 listopada 2022 r.

Zamawiający wskazał, że podjął właściwe działania, aby zapobiec ryzyku związanemu z niepodpisaniem umowy na dostawę oleju napędowego w założonym terminie, a brak możliwości zawarcia umowy z wybranym wykonawcą przed dniem 1 stycznia 2023 r. nastąpił z przyczyn obiektywnych, od niego niezależnych.

Zamawiający podkreślał, że Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Suwałkach Spółka z o.o. w Suwałkach jest jednoosobową spółką Miasta Suwałki, zobowiązana do realizacji jego zadań z zakresu lokalnego transportu zbiorowego, cmentarza komunalnego oraz targowisk i hal targowych. Szczegółowy zakres zobowiązania Spółki do świadczenia usług publicznych w miejskiej komunikacji autobusowej określa umowa z dnia 14 czerwca 2019 r. Spółka odbiera także odpady komunalne, wytwarzane w obszarze sektora I, II i III Miasta Suwałki, a także z terenu Gminy Suwałki. Celem wykazania powyższego złożył:

Dowód: 6. Akt przekształcenia przedsiębiorstwa komunalnego „Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Suwałkach” w jednoosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Miasta Suwałki z dnia 17 czerwca 1997 r.,

Dowód: 7. Umowa z dnia 14 czerwca 2019 r. wraz z aneksem nr 1,

Dowód: 8. Umowa nr ZP/ 103/2020 z dnia 28 grudnia 2020 r.,
Dowód: 9. Umowa nr ZP/ 104/2020 z dnia 28 grudnia 2020 r.,
Dowód: 10. Umowa nr ZP/ 105/2020 z dnia 28 grudnia 2020 r.,
Dowód: 11. Umowa nr ZP/72/2022 z dnia 28 grudnia 2022 r.,
Dowód: 12. Umowa nr ZP/73/2022 z dnia 28 grudnia 2022 r.,
Dowód: 13. Umowa nr ZP/74/2022 z dnia 28 grudnia 2022 r.,
Dowód: 14. Umowa nr 21/ZP/2022 z dnia 08 listopada 2022 r.

Zamawiający wskazywał, że spółka ta świadczy również usługi przewozowe osób niepełnosprawnych i ich opiekunów, organizowane przez Miasto Suwałki, zapewnia dowóz i odwóz do szkół dzieciom uczęszczającym do szkół podstawowych na terenie Miasta i Gminy Suwałki, a także realizuje część zadań własnych Gminy z zakresu lokalnego transportu zbiorowego w granicach administracyjnych Gminy. Z komunikacji miejskiej korzysta miesięcznie średnio 171.316 osób. Celem wykazania powyższego złożył:

Dowód: 15. Uchwała Rady Miejskiej w Suwałkach nr LI/ 665/2022 z dnia 30 listopada 2022 r.,

Dowód: 16. Umowa nr ZP/68/2022 z dnia 30 grudnia 2022 r.,

Dowód: 17. Porozumienie międzygminne nr 1/2022 z dnia 06 czerwca 2022 r.,

Dowód: 18. Aneks nr 19/2020 z dnia 02 listopada 2020 r. do Porozumienia międzygminnego z dnia 12 grudnia 2007 r.,

Dowód: 19. Zestawienie sprzedaży biletów w 2022 r.

Zamawiający argumentował, że wszystkie powyższe usługi świadczone przez ww. spółkę służą zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty (mieszkańców), stanowią podstawowe zadania własne gminy (art. 7 ust. 1 pkt 3, 4, 8 i 11 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, dalej jako u.s.g.), a także realizują obowiązek gminy w zakresie zapewnienia bezpłatnego transportu i opieki w trakcie przejazdu dzieciom, których odległość z domu do szkoły przekracza odległości wskazane w ustawie z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (art. 32 ust. 3-6 i art. 39 ust. 1-4 ustawy). Wykonywanie tego obowiązku ma też służyć zapewnieniu efektywności konstytucyjnego prawa do nauki (art. 70 ust. 1 Konstytucji RP) oraz czyni zadość międzynarodowym zobowiązaniom prawnym RP wynikającym m.in. z art. 4 i art. 28 ust. 1 Konwencji Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka. Powyższą usługę Spółka świadczy na rzecz dzieci posiadających „Suwalską Kartę Mieszkańca” oraz dzieci mieszkających na terenie Gminy Suwałki. Celem wykazania powyższego złożył dowód nr 20-Uchwała Rady Miejskiej w Suwałkach nr XXXVIII/498/2021 z dnia 29 listopada 2021 r. oraz dowód nr 21-Wykaz biletów ulgowych wydanych z listy Urzędu Gminy Suwałki.

Zamawiający wskazał także, że podstawowymi zadaniami własnymi gminy są także zadania realizowane przez Zarząd Dróg i Zieleni w Suwałkach (jednostkę organizacyjną Miasta Suwałki, nieposiadającą osobowości prawnej), powołany m.in. w celu zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1, 2 i 12 u.s.g. Celem wykazania powyższego złożył dowód nr 22: Uchwała Rady Miejskiej w Suwałkach z dnia 18 marca 2020 r.

Zamawiający podkreślał, że oba podmioty zamawiające realizują powyższe zadania przy wykorzystaniu pojazdów z silnikami Diesla i nie mają możliwości ich zastąpienia innymi pojazdami. Celem wykazania powyższego złożył dowód nr 23 - Zestawienie autobusów, dowód nr 24 - Wykaz pojazdów biorących udział w wywozie odpadów, dowód nr 25 - Pojazdy napędzane ON (ZDiZ).

Zamawiający wskazał, że roczne zużycie oleju napędowego przez oba podmioty zamawiające wynosi 631.284,60 dm³, co w przeliczeniu na 1 miesiąc daje 52.607,05 dm³ (631.284,60 dm³ / 12 miesięcy). Choć na dzień 31 grudnia 2022 r. zbiorniki na paliwo Zamawiających były pełne, na dzień 13 stycznia 2023 r. (godz. 11.37), Zamawiający w swoich zbiornikach posiadali łącznie 16.843,29 l oleju napędowego. W konsekwencji, ich zapas przy uwzględnieniu średniego dziennego zużycia — skończy się w dniu 19 stycznia 2023 r. i z tym dniem zaprzestaną realizować przedsięwzięcia służące ogółowi, należące do zadań własnych administracji samorządowej. Jest mało prawdopodobne, aby do dnia 20 stycznia 2023 r. Gmina i Miasto Suwałki były w stanie zorganizować zaspokajanie w/w opisanych potrzeb mieszkańców w sposób zastępczy. Celem wykazania powyższego zamawiający złożył dowód nr 26- Raport wydań w 2022 r. oraz dowód nr 27 - Wydruk ze stanu zbiorników.

Zamawiający stwierdzał także, że w oparciu o obowiązujące przepisy prawa w/w opisane zadania nie są tożsame z interesem obu zamawiających, lecz służą realizacji interesu publicznego. Negatywnymi skutkami, które powstaną ze względu na niezwanie umowy, będzie: paraliż komunikacyjny (aktualnie jest ponad tysiąc biletów okresowych, które są „czynne”), niezapewnienie dzieciom dowozu do szkoły (a przez to — uniemożliwienie gminie realizacji spoczywającego na niej ustawowego obowiązku zapewnienia dowozu do szkoły, dzieciom z kolei — uniemożliwienie realizacji obowiązku szkolnego), niebezpieczeństwo na drogach (szczególnie w okresie zimy) oraz zagrożenie epidemiologiczne (wskutek zaprzestania usługi odbioru odpadów). Zdaniem wnioskodawcy powyższe z całą pewnością będzie miało bezpośredni wpływ na zdrowie i życie mieszkańców oraz spowoduje istotne i uzasadnione niepokoje społeczne. Celem

powyższego złożył dowód nr 28 - Zestawienie sprzedaży biletów miesięcznych w grudniu 2022 r.

Zdaniem wnioskodawcy, interes wykonawcy, polegający na chęci uzyskania zysku, jest niewspółmierny w stosunku do interesu publicznego, którym jest konieczność zapewnienia ciągłego i nieprzerwanego zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców. Ponadto, uwzględniając uwarunkowania konstytucyjne i najnowsze tendencje w dziedzinie międzynarodowej ochrony praw człowieka i międzynarodowej ochrony praw dziecka, ochrona praw małoletnich, powinna mieć pierwszeństwo przed uzasadnionymi interesami Wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Wnioskodawca wskazał, że ww. wniosek nie stanowi odpowiedzi na odwołanie (która zostanie złożona), ale mając na uwadze treść zarzutów podniesionych przez odwołującego, stwierdzał, że odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Zauważał bowiem, że Zamawiający poprawił w ofercie konkurencyjnej „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia”, nie zaś jak podnosi Odwołujący omyłki rachunkowe. Co ważne, w postępowaniu prowadzonym pod nr DZP.271.15.2022 Zamawiający — w przeciwieństwie do niniejszego postępowania - nie wskazał stawki podatku VAT, przez co Formularz ofertowy wyglądał inaczej. Celem wykazania powyższego zamawiający złożył dowód nr 29 - Formularz ofertowy w sprawie DZP.271.15.2022. Zamawiający wskazywał, że w świetle treści art. 7 ust. 2 zdanie drugie ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, za nietrafny uznać należy także zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia. Zauważał, że z zapytaniem o udzielenie informacji wystąpiły osoby, których dane osobowe znajdują się w zbiorach danych zgromadzonych w Rejestrze. Powyższe oznacza, że nie ma znaczenia, jaki przepis zostanie wskazany w zapytaniu, gdyż bez względu na to, informacja udzielana w tej sprawie przez właściwy organ, odnosi się do wszystkich zapisów dotyczących tej osoby

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) uznała, iż wniosek ten zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Pzp, *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.

Jak wynika z przywoływanego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że argumentacja zamawiającego przedstawiona we wniosku ogniskowała się wokół przesłanek z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do treści wniosku co do przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zamawiający wykazał, że niezawarcie tej konkretnej umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałby inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu prywatnego.

Podkreślenia wymaga specyfika przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, którym jest dostawa oleju opałowego dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Suwałkach Spółka z o.o. w Suwałkach oraz Zarządu Dróg i Zieleni w Suwałkach.

Celem, jaki ma być osiągnięty w wyniku wykonania umowy o zamówienie publiczne jest zapewnienie paliwa dla pojazdów z silnikami Diesla, za pomocą których ww. jednostki zamawiające wykonują zadania publiczne.

Zamawiający uprawdopodobnił, że zawarta przez niego dotychczasowa umowa na dostawę oleju napędowego wygasła w dniu 31 grudnia 2022 r. Zamawiający uprawdopodobnił też, że z dostatecznym wyprzedzeniem wszczął postępowanie celem zapewnienia dostawy paliwa na okres po 1 stycznia 2023 r. Wykazał bowiem, że wszczął postępowanie we wrześniu 2022 r., które jednak zostało unieważnione z powodu złożenia jednej oferty, która podlegała odrzuceniu z powodu błędu w obliczeniu ceny. Po unieważnieniu ww. postępowania, kolejne postępowanie zostało rozstrzygnięte wyborem oferty najkorzystniejszej w dniu 3 stycznia 2023 r., która to czynność została jednak zaskarżona przez odwołującego w odwołaniu z dnia 12 stycznia 2023 r. wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 103/23. Zamawiający uprawdopodobnił także, że zgromadzony przez niego zapas paliwa – przy uwzględnieniu średniego zużycia dziennego - skończy się w

dniu 19 stycznia 2023 r. W konsekwencji z tym dniem zamawiający utracą możliwość wykonywania istotnych społecznie zadań publicznych. Wśród tych zadań należy wymienić realizowany przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Suwałkach sp. z o.o.:

- a) odbiór odpadów komunalnych, wytwarzanych w obszarze sektora I, II i III Miasta Suwałki, a także z terenu Gminy Suwałki,
- b) świadczenie usług publicznych w miejskiej komunikacji autobusowej,
- c) świadczenie usług przewozowych osób niepełnosprawnych i ich opiekunów, organizowane przez Miasto Suwałki,
- d) świadczenie usługi w zakresie dowozu do szkół dzieci uczęszczających do szkół podstawowych na terenie Miasta i Gminy Suwałki,
- e) świadczenie usług w zakresie cmentarza komunalnego oraz targowisk i hal targowych.

Zamawiający uprawdopodobnił także, że Zarząd Dróg i Zieleni w Suwałkach, będący jednostką organizacyjną Miasta Suwałki, nieposiadającą osobowości prawnej, powołany został m.in. w celu zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1, 2 i 12 ustawy o samorządzie gminnym.

Usługi świadczone przez obu zamawiających służą zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty (mieszkańców), stanowiąc zadania własne gminy. Zatem niewątpliwie niezwłoczna realizacja zamówienia ma istotne znaczenie z punktu widzenia interesu publicznego, a nie partykularnego interesu samego zamawiającego. W ocenie Izby jest to w konsekwencji cel doniosły społecznie.

Według Izby, realizacja opisanego przez zamawiającego celu jest zagrożona od dnia 19 stycznia 2023 r. Warunkiem jego osiągnięcia jest bowiem zapewnienie dostawy oleju napędowego do pojazdów zamawiających, przy pomocy których realizują one ww. zadania.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że – jak wskazano wcześniej - przedłużenie postępowania o udzielenie zamówienia nie wynikało z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Powyższe opóźnienie stwarza zagrożenie dla interesu publicznego i grozi paraliżem komunikacyjnym na obszarze obsługiwanych przez zamawiających, niezapewnieniem dowozu dzieci do szkół, niebezpieczeństwem na drogach w sezonie zimowym, oraz zagrożeniem epidemiologicznym wskutek zaprzestania odbioru odpadów.

W ocenie Izby istniejące zagrożenia dla interesu publicznego znacząco przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony tych interesów, co do których istnieje możliwość doznania uszczerbku w wyniku czynności i zaniechań zamawiającego.

Jako podstawowy interes, jaki może doznać uszczerbku w wyniku działań i zaniechań zamawiającego, jawi się utrata korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia przez

odwołującego. Niewątpliwie z punktu widzenia odwołującego, będącego profesjonalistą na rynku obrotu paliw, zysk, jaki wiązać się będzie z realizacją przedmiotu zamówienia, choć niebagatelny, nie będzie jednak kluczowy, gdyż realizuje on kontrakty dla innych zleceniodawców.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, zostały uprawdopodobnione przez zamawiającego w sposób uzasadniający wniosek, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawców, którzy wnieśli odwołania.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy zostały spełnione, a to skutkowało uchyleniem zakazu zawarcia umowy.

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

Przewodniczący: