

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 26 marca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **26 marca 2021 r.** w Warszawie wniosku z **23 marca 2021 r.** o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze

wniesionego przez zamawiającego: **Gmina Niemce**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych na terenie Gminy Niemce od 1 marca 2021 r. do 28 lutego 2023 r.* (nr postępowania IZP.271.1.2021)

**postanawia:**

**Uchyla zakaz zawarcia umowy.**

**Uzasadnienie**

Gmina Niemce {dalej również: „Zamawiający”} umotywowała swój w wniosek powołując się na następujące okoliczności prawne i faktyczne.

Odwołanie zostało wniesione przez EKO-TRANS sp. z o.o. {dalej „Eko-Trans”} 22.03.2021 r. od dokonanego 11.03.2021 r. wyboru najkorzystniejszej.

Zamawiający podał, że uprzednio przeprowadził już 2 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dokładanie ten sam przedmiot zamówienia. Zarówno pierwsze, wszczęte 28.09.2020 r. i unieważnione 4.11.2020 r., jak i drugie, wszczęte 17.11.2020 r. i unieważnione 27.01.2021 r., zostały unieważnione na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 pzp.

Obecnie obowiązująca umowa na dawała możliwość odbioru odpadów (zgodnie z harmonogramem) do 25 lutego 2021 r.

Od ponad miesiąca w miejscowościach o dużym zaludnieniu nie są odbierane odpady, co było wielokrotnie podniesione przez mieszkańców i powoduje niepokoje społeczne. Ponadto dochodzą sygnały o możliwości roznoszenia odpadów komunalnych poza pojemnikami przez zwierzęta.

W obecnej sytuacji epidemii COVID-19 ponad miesięczny zastój w procesie odbierania odpadów stanowi bezpośrednie zagrożenie epidemiologiczne dla mieszkańców gminy.

Tryb z wolnej ręki nie daje możliwości skrócenia okresu, po którym można byłoby skutecznie podpisać umowę na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Dodatkowo zastosowanie trybu z wolnej ręki stawiałoby Zamawiającego w niekorzystnej sytuacji negocjacyjnej, gdyż dotychczasowy wykonawca mógłby narzucić niekorzystne warunki cenowe. Natomiast zgodnie z opinią RIO opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi pobierane od mieszkańców stanowią jedyne źródło pokrywania wydatków na realizację tej usługi.

Niepodpisanie umowy spowoduje zagrożenie epidemiologiczne, sanitarne bakteriologiczne oraz dla środowiska naturalnego, co niesie za sobą bezpośredni wpływ na życie i zdrowie mieszkańców. W czasie trwania pandemii COVID-19 szczególnie ważne jest prawidłowe funkcjonowanie systemu odbioru odpadów, co potwierdzają również organy administracji publicznej w zakresie ochrony zdrowia i środowiska.

Cena oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i nie ma możliwości jej zwiększenia, gdyż Rada Gminy Niemce na sesji nadzwyczajnej 19.03.2021 r. już raz podjęła uchwałę o zwiększeniu środków, które pozwalają tylko na zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, A. C. Transport Drogowy i Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych z Milejowa Osady.

Biorąc pod uwagę powyższe uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest uzasadnione ze względu na to, że negatywne skutki niezawarcia umowy 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.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Do postępowania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowe pzp” lub npzp}. Stosownie do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.) do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89 [czyli dotychczas obowiązującej ustawy pzp], wszczętych po dniu 31

grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się bowiem przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 [czyli właśnie nowego pzp].

Art. 577 npzp stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zgodnie natomiast z art. 578 ust. 2 npzp 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.

Podkreślić należy, że wystarczające jest wystąpienie jednej z powyższych przesłanek, z których druga stanowi novum w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, który przewidywał [w art. 183 ust. 2 pzp] jako podstawę do uchylenia zakazu zawarcia umowy tylko okoliczności opisane aktualnie w ramach przesłanki pierwszej.

Pomimo wagi, jaką posiada zabezpieczenie interesów prywatnych, ustawodawca przewidział przypadki, w których interes publiczny zostanie postawiony wyżej, gdyż ryzyko ewentualnego naruszenia interesu prywatnego zostanie skompensowane przez uniknięcie strat spowodowanych odkładaniem zawarcia umowy i realizacji zamówienia publicznego. Dopuszczalność wprowadzenia takiego rozwiązania w polskim porządku prawnym wynika z art. 2 ust. 5 dyrektywy 89/665/EWG, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odpowiedzialny za procedury odwoławcze może wziąć pod uwagę prawdopodobne konsekwencje zastosowania środków tymczasowych do wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a także dla interesu publicznego, i może podjąć decyzję o niestosowaniu takich środków, jeżeli ich negatywne konsekwencje mogłyby przewyższyć płynące stąd korzyści.

Z treści przepisu zawartego w art. 578 ust. 2 pkt 1 npzp wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze jest możliwe w przypadku kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek: 1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 2) skutki te przewyższyłyby 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.

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, 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. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w ponad pięciuset aktach prawnych.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji. 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 konsekwencji, aby możliwe było uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, niezbędne jest wykazanie możliwości zaistnienia negatywnych konsekwencji niezawarcia umowy przynajmniej w odniesieniu do jednej ze wskazanych powyżej wartości.

Izba przeanalizowała treść złożonego przez zamawiającego wniosku i skonstatowała, że interes publiczny, na który powołał się Zamawiający, dotyczy bezpośrednio utrzymania porządku w gminie. Zamawiający podniósł, że zaprzestanie realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych już *de facto* spowodowało powstanie

niebezpieczeństwa epidemiologicznego dla mieszkańców, zagrożenie dla środowiska naturalnego oraz będzie rodzić zagrożenie sanitarne oraz bakteriologiczne. Konsekwencją powyższego jest bezpośredni wpływ na zdrowie i życie mieszkańców tj. powstanie zagrożenia bezpieczeństwa publicznego w sferze zdrowia i życia mieszkańców, spowodowanego rozkładem substancji organicznych i namnażaniem się drobnoustrojów. Powyższe, ze znaczną dozą prawdopodobieństwa, będzie również powodować istotne i uzasadnione niepokoje społeczne, w szczególności wobec wciąż trwającej epidemii COVID-19, w czasie której prawidłowe funkcjonowanie gospodarki odpadami komunalnymi jest kwestią priorytetową. Ponadto zachodzi duże prawdopodobieństwo roznoszenia odpadów komunalnych składowanych poza pojemnikami przez zwierzęta domowe i dzikie.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający wykazał, że niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

W wyroku z 21 czerwca 2001 r. sygn. akt V SA 3718/00 Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził: *Należy przypomnieć, że w państwie prawa nie ma miejsca dla mechanicznej i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu społecznego nad interesem indywidualnym. Oznacza to, że w każdym wypadku organ orzekający ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny chodzi, i udowodnić, że jest on tak ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywatela. Zarówno wykazanie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym wypadku interesu społecznego nad indywidualny, podlegać muszą wnikliwej kontroli instancyjnej i sądowej, szczególnie wówczas, gdy w ocenie organu w interesie społecznym leży ograniczenie praw obywatela określonych w Konstytucji RP.*

W rozpoznawanym przypadku wskazać należy, że interes odwołującego, który może doznać uszczerbku w wyniku uchylecia przez Izbę zakazu zawarcia umowy, nie polega nawet na możliwości osiągnięciu przez niego zysku uzyskanego w wyniku realizacji umowy zawartej w wyniku obecnie prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Po pierwsze, nawet w sytuacji uznania odwołania za zasadne, odwołujący nie uzyskałby zamówienia, gdyż złożył ofertę, której cena przekracza kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, a Zamawiający oświadczył, że nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty. Zatem w sytuacji, gdyby Zamawiający był obowiązany unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, byłby uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp (już po raz trzeci).

Po drugie, jak wynika z treści odwołania z 22 marca 2021 r., zmierza ono wyłącznie do unieważnienia powyższego postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia

wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W konsekwencji interes odwołującego dotyczy ewentualnego kolejnego, czwartego z rzędu postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, gdyż dopiero po jego wszczęciu i przeprowadzeniu odwołujący mógłby liczyć na zawarcie z nim umowy.

Niezależnie od powyższego, stwierdzić należy, iż interes wykonawcy, polegający na chęci uzyskania zysku, jest niewspółmierny w stosunku do interesu publicznego, którym jest konieczność zapewnienia porządku w gminie. W rozpoznawanej sprawie Izba podziela stanowisko Zamawiającego co do potrzeby pilnego udzielenia zamówienia. Specyfika przedmiotu zamówienia (odbiór odpadów) przemawia za koniecznością zapewnienia ciągłego świadczenia tego typu usług, gdyż przemawia za tym interes publiczny. Nietrudno wyobrazić bowiem sobie skutki nieodbierania odpadów w gminie nawet w krótkim okresie, a tym bardziej na przestrzeni kilku czy kilkunastu tygodni, które byłyby konieczne dla przeprowadzenia kolejnego postępowania.

Uwzględniając skutki, jakie może spowodować dalsze utrzymywanie zakazu zawarcia umowy, w ocenie Izby zachodzi podstawa do uwzględnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, gdyż wskazane przez Zamawiającego okoliczności uzasadniają stwierdzenie zagrożenia dla interesu publicznego w takim stopniu, że konieczne jest uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Ponadto dla zaistnienia przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 nowego pzp konieczne, a zarazem wystarczające, jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W powyżej ustalonych okolicznościach należy uznać, że Eko-Trans wniósł odwołanie w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia wyłącznie w celu uniemożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, gdyż ani Zamawiający nie mógłby zawrzeć tej umowy z odwołującym, ani odwołujący sam nie domaga się w powyższym odwołaniu.

Reasumując, w okolicznościach tej sprawy wypełnione zostały obie przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe, Izba – działając na podstawie art. 578 ust. 4 zd. 1 nowego pzp – postanowiła, jak w sentencji.

**Sygn. akt KIO/W 32/21**

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga