

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 1 lipca 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza**-w składzie:

**Przewodniczący:** Justyna Tomkowska  
**Członkowie:** Agnieszka Trojanowska  
Anna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 1 lipca 2021 roku w Warszawie wniosku z dnia 28 czerwca 2021 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zamawiającego – Gminę Milanówek z siedzibą w Milanówku**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy Milanówek*” (publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem S 66 nr 171606-2021-PL z dnia 6 kwietnia 2021 r.).

**postanawia:**

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

## Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Milanówek wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy Milanówek*”, przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zamawiający podniósł, że 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, co wypełnia przesłankę zawartą w art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zamawiający, mając na względzie konieczność zapewnienia odbioru odpadów od mieszkańców miasta Milanówka wszczął postępowanie w dacie 6 kwietnia 2021 r. Zamawiający nie był uprawniony do wcześniejszego wszczęcia postępowania o udzielenie tego zamówienia, gdyż niezbędna do realizacji zamówienia uchwała Rady Miasta Milanówka nr 329/XLI/21 została podjęta dopiero z dniem 1 marca br., zaś została opublikowana w dniu 9 marca 2021 r. i weszła w życie dopiero po upływie 14 dni od dnia jej ogłoszenia w dzienniku Urzędowym Województwa Mazowieckiego. Zatem Zamawiający dochował należytej staranności i działając w zgodzie z przepisami prawa ogólnie obowiązującego wszczął postępowanie bez uchybienia jakimkolwiek terminom ustawowym.

Zamawiający wskazał, że usługa odbioru odpadów komunalnych uregulowana w art. 6c ust. 1 i 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o *utrzymaniu czystości i porządku w gminach* (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888), dalej: u.c.p.g, ponad wszelką wątpliwość wpisuje się w zasadę ochrony interesu publicznego. Jak wynika z 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. W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach, wspomina się to pojęcie w art. 17 czy art. 22, 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.

Do uchylenia zakazu zawarcia umowy niezbędnym jest wykazanie możliwości zaistnienia negatywnych konsekwencji niezawarcia umowy. W przypadku tego postępowania, w przypadku braku możliwości zawarcia umowy, naruszona zostanie zasada porządku publicznego, ochrony środowiska oraz zdrowia publicznego. Brak możliwości świadczenia usługi narazi bowiem mieszkańców Milanówka na powstanie kolejnego niebezpieczeństwa epidemiologicznego, co w sytuacji panującej już epidemii wirusa SARS-COV-19 stanowi dla mieszkańców realne zagrożenie. Zamawiający zostanie pozbawiony możliwości realizacji swojego obowiązku ze szczególną dbałością i starannością zwłaszcza w tak trudnym czasie panowania epidemii COVID-19. Ponadto wzrasta w sposób drastyczny możliwość zagrożenia sanitarnego i bakteriologicznego, w szczególności z uwagi na panujący, w czasie procedowania postępowania odwoławczego, okres letni, w tym najwyższych upalnych temperatur. Z pewnością można też stwierdzić, że odpady będą zaśmiecać miasto roznoszone przez zwierzęta domowe i dzikie. Staną się także łatwym źródłem pożywienia w szczególności dla zwierząt dziko żyjących stale bytujących w Mieście Ogrodzie jakim jest Milanówek.

Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych ma charakter usługi użyteczności publicznej, a jej celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb społeczności lokalnej (właścicieli nieruchomości położonych w gminie Milanówek) w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Usługa ta musi być ponadto świadczona nieprzerwanie, w sposób ciągły.

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.

Interes Odwołującego, który może doznać uszczerbku w wyniku uchylecia przez Izbę zakazu zawarcia umowy, polega na osiągnięciu przez niego zysku uzyskanego w wyniku realizacji przedmiotu umowy. W tym konkretnym przypadku ewentualna szkoda Odwołującego wynikałaby wyłącznie z faktu, że nie jemu zostało udzielone przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający wskazał także, że odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Wykonawca działający pod Firmą Eko-Hetman sp. z o. o. od wielu lat nieprzerwanie świadczył usługę odbioru odpadów komunalnych na rzecz Gminy Milanówek zwykle nie konkurując z innymi wykonawcami, ponieważ składał ofertę jako jedyny wykonawca. Realizował też wielokrotnie zamówienia w trybie „z wolnej ręki” w sytuacji gdy spełnione zostały ku temu przesłanki ustawowe. Zasadniczym przedmiotem odwołania jest rzekomy błąd w obliczeniu ceny przez Wykonawcę, który został wybrany jako najkorzystniejszy, a który to, zdaniem Odwołującego zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT 23% zamiast stawki 8% na pozycję pn. Koszt worków do zbiórki odpadów. Tymczasem przez wiele lat, w toku realizacji świadczenia tożsamej usługi na rzecz Gminy Milanówek sam Odwołujący do końca grudnia 2020 r. stosował stawkę 23 % VAT na tę konkretną pozycję. Dotychczas przepisy prawa podatkowego w tym zakresie nie uległy zmianie. Z uwagi na powyższe Zamawiający z przekonaniem graniczącym z pewnością domniemywa, że działanie Odwołującego nakierowane jest jedynie na uniemożliwienie zawarcia umowy z Wykonawcą wybranym w tym postępowaniu.

Zamawiający rozważył ponadto, że alternatywnym rozwiązaniem dla zapewnienia usługi odbioru odpadów komunalnych jest udzielenie zamówienia w trybie „z wolnej ręki”. Może to być, na tym etapie, rozwiązanie mniej korzystne dla interesu publicznego jak również realizowane za pomocą najmniej konkurencyjnej z procedur udzielenia zamówienia publicznego. Następuje po negocjacjach z tylko jednym Wykonawcą i zawsze istnieje ryzyko konieczności zawarcia umowy na mniej korzystnych warunkach niż w wyniku przeprowadzenia trybu konkurencyjnego, którego nie ma możliwości zrealizowania z uwagi na konieczność dochowania konkretnych terminów. W tej sytuacji, z uwagi na toczącą się procedurę odwoławczą, a jednocześnie obowiązek realizacji świadczenia przez Gminę Milanówek Wykonawca znajduje się na pozycji dominującej, bowiem może wskazać ceny

wyższe i nie podjąć jednocześnie negocjacji. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wnosił o skierowanie sprawy na posiedzenie niejawne Krajowej Izby Odwoławczej, celem wydania postanowienia w przedmiocie uchylecia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed rozstrzygnięciem odwołania.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała miejsce w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 66 nr 171606-2021-PL z dnia 6 kwietnia 2021 r.

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone 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 20 maja 2021 roku Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Miejski Zakład Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Wykonawca”); na kolejnym miejscu w rankingu ofert znalazła się wykonawcy Eko-Hetman Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie.

W dniu 30 maja 2021 roku wykonawca Eko-Hetman (dalej „Odwołujący”) złożył odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność badania i oceny ofert. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, który - w sytuacji braku określenia przez Zamawiającego stawki podatku VAT w SWZ - nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, który w sposób sprzeczny z ustawą o VAT zastosował 23%-ową stawkę podatku VAT dla części zamówienia dotyczącego worków do selektywnej zbiórki odpadów (pkt IV. 1. poz. 15 oferty), pomimo iż świadczona usługa ma charakter usługi kompleksowej zaś dostawa worków jest świadczeniem pomocniczym niezbędnym dla realizacji świadczenia głównego polegającego na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów, które w całości objęte jest stawką podatku VAT w wysokości 8%.
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 9 ust. 1, 2 i 3 ustawy o samorządzie gminy (SamGmU) oraz art. 2 i 10 ustawy o gospodarce komunalnej (GospKomU) oraz art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej: „Kc”), które stanowią, iż MZO Pruszków Sp. z o.o. jako jednostką organizacyjną gminy Pruszków, która w swej działalności nie może wykraczać poza zakres zadań własnych gminy do

w

realizacji, których została powołana, a tym samym posiada ograniczone tymi przepisami prawo do prowadzenia działalności gospodarczej, i składając ofertę na wykonanie działalności na rzecz Gminy Milanówek, której nie może wykonywać, złożyło ofertę sprzeczną z ww. przepisami a przez to nieważną na podstawie art. 58 §1 Kc.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórne zbadanie i odrzucenie oferty złożonej w postępowaniu przez Wykonawcę.

W aktach sprawy odwoławczej znajduje się zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożone Miejski Zakład Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

W sprawie odwoławczej został wyznaczony termin posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy na dzień 6 lipca 2021 roku na godz. 9.30. Termin rozpoznania wniosku upływał w dniu 3 lipca 2021 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 Pzp2019 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. Ryzyko tych zjawisk jest o tyle wysokie z uwagi na okres letni i występujące wysokie temperatury powietrza, znacznie przekraczające dotychczasowe normy i standardy.

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.

Ponadto w ocenie składu orzekającego Zamawiający uprawdopodobnił, że wniesienie odwołania ma na celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Słusznie we wniosku Zamawiający zauważył, że Odwołujący, dotychczas realizujący usługi będące przedmiotem zamówienia, również stosował do pozycji „Koszt worków do zbiórki odpadów” podstawową stawkę podatku VAT. Sposób ustalenia stawki nie był nigdy kwestionowany, czy to przez Zamawiającego, czy to organy administracji skarbowej. Izba podziela przekonanie Zamawiającego, że Odwołujący dąży do przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia i postępowania odwoławczego, ponieważ okoliczności te zapewniają mu możliwość dalszego świadczenia usługi. Takie działanie jest nie do pogodzenia z interesem publicznym. Okoliczności wykonywania zadań na rzecz ogółu, nieograniczonej liczby osób przewyższać 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.

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 1i 2 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 578 ust. 4 zdanie 2 ustawy Pzp2019 na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....