

POSTANOWIENIE
z dnia 8 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 8 lipca 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 6 lipca 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez zamawiającego: **Gminę Andrespol w Andrespolu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych w okresie od 6 lipca 2020 r. (lub od dnia zawarcia umowy – jeżeli zawarcie umowy nastąpi po dniu 6 lipca 2020 r.) do dnia 30 czerwca 2021 r., powstających na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy oraz na nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe, lub innych nieruchomościach wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe, znajdujących się na terenie gminy Andrespol, z wyłączeniem odpadów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Andrespol w Andrespolu, pismem z dnia 6 lipca 2020 roku, na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą P.z.p.”, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych w okresie od 6 lipca 2020 r. (lub od dnia zawarcia umowy – jeżeli zawarcie umowy nastąpi po dniu 6 lipca 2020 r.) do dnia 30 czerwca 2021 r., powstających na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy oraz na nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe, lub innych nieruchomościach wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe, znajdujących się na terenie gminy Andrespol, z wyłączeniem odpadów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Zamawiający wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. Jantar 8, uzasadnił tym, że jej niezawarcie może 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.

W zakresie konkretyzacji negatywnych skutków dla interesu publicznego, jakie mogą wystąpić na skutek niezawarcia umowy, zamawiający podniósł, że przedmiot zamówienia obejmuje „świadczenie usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych w okresie od 6 lipca 2020 r. (lub od dnia zawarcia umowy — jeżeli zawarcie umowy nastąpi po dniu 6 lipca 2020 r.) do dnia 30 czerwca 2021r., powstających na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy oraz na nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe, lub innych nieruchomościach wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe, znajdujących się na terenie gminy Andrespol, z wyłączeniem odpadów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej”, tj. realizację usług, o których mowa w art. 6c ust. 1 i 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2010), dalej: u.c.p.g. Zgodnie z przywołanymi przepisami u.c.p.g., Gmina Andrespol obowiązana jest do zapewnienia odbioru, a następnie zagospodarowania, odpadów komunalnych z nieruchomości objętych systemem gospodarki

odpadami komunalnymi. Realizacja wskazanego zadania w okresie od dnia 06.07.2020 r. do dnia 30.06.2021 r. ma nastąpić poprzez udzielenie zamówienia w wyniku przeprowadzenia postępowania.

Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych ma charakter usługi użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb społeczności lokalnej (właściciele nieruchomości położonych w gminie Andrespol) w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych stanowi ponadto usługę, której ciągłość świadczenia nie może zostać przerwana. Powyższe nie będzie mogło zostać zapewnione (jeżeli zakaz zawarcia umowy nie zostanie uchylony), aż do momentu wydania przez Izbę orzeczenia wieńczącego postępowanie odwoławcze, które wobec zaistniałych zatorów w rozpoznawaniu spraw odwoławczych na skutek wystąpienia epidemii COVID-19 i czasowego zawieszenia działalności orzeczniczej KIO, z dużą dozą prawdopodobieństwa nastąpi w terminie późniejszym niż termin wynikający z art. 189 ust. 1 P.z.p. Na powyższe wskazuje m.in.:

- 1) wydanie przez KIO wyroku w sprawie o sygn. KIO 896/20 dnia 19 czerwca 2020 r. (odwołanie wniesione dnia 27 kwietnia 2020 r.);
- 2) wydanie przez KIO wyroku w sprawie o sygn. KIO 671/20 dnia 12 czerwca 2020 r. (odwołanie wniesione dnia 30 marca 2020 r.);
- 3) wydanie przez KIO wyroku w sprawie o sygn. KIO 759/20 z dnia 10 czerwca 2020 r. (odwołanie wniesione dnia 7 kwietnia 2020 r.).

Zamawiający podniósł, że wniesienie odwołania dnia 29 czerwca 2020 r., aktualizujące zakaz, o którym mowa w art. 183 ust. 1 P.z.p., skutkuje tym, że wraz z dniem 6 lipca 2020 r. usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych nie będzie mogła zostać zapewniona właścicielom nieruchomości położonych na terenie gminy Andrespol. Wraz z dniem 5 lipca 2020 r. wygasa dotychczasowa umowa o zamówienie publiczne, zawarta z Jantar 8, która już została modyfikowana w zakresie terminu wieńczącego stosunek umowy (ze względu na unieważnienie uprzednio prowadzonego postępowania). Zaprzestanie realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na okres co najmniej miesięczny (tak okres rozpoznania odwołania szacuje zamawiający) będzie skutkowało powstaniem niebezpieczeństwa epidemiologicznego dla mieszkańców gminy Andrespol,

środowiska naturalnego oraz będzie rodzić zagrożenie sanitarne oraz bakteriologiczne. Konsekwencją powyższego jest bezpośredni wpływ na zdrowie i życie mieszkańców tj. powstania zagrożenia bezpieczeństwa publicznego w sferze zdrowia i życia mieszkańców. Przy wysokiej w tym okresie temperaturze powietrza atmosferycznego (w okresie rozpoznawania odwołania w klimacie Polski występują najwyższe temperatury) następuje także szybki rozkład substancji organicznych i namnażanie się drobnoustrojów, którym towarzyszy powstawanie nieprzyjemnych zapachów. Powyższe, ze znaczną dozą prawdopodobieństwa, będzie generować również istotne i uzasadnione niepokoje społeczne, w szczególności wobec wciąż trwającej epidemii COVID19, w czasie której prawidłowe funkcjonowanie gospodarki odpadami komunalnymi jest kwestią priorytetową, co potwierdzają zarówno podmioty branżowe jak i organy publiczne. Ponadto zachodzi duże prawdopodobieństwo roznoszenia odpadów komunalnych składowanych poza pojemnikami przez zwierzęta domowe i dzikie.

W kontekście powyższego zamawiający wskazał, że postępowanie jest drugim postępowaniem obejmujących zasadniczo tożsamy zakres zamówienia, albowiem poprzednie postępowanie, którego przedmiot stanowiło „Świadczenie usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych w okresie od 1 czerwca 2020 r. (lub od dnia zawarcia umowy — jeżeli zawarcie umowy nastąpi po dniu 1 czerwca 2020 r.) przez okres 12 miesięcy, powstających na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy oraz na nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe, lub innych nieruchomościach wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe, znajdujących się na terenie gminy Andrespol, z wyłączeniem odpadów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej”, zostało unieważnione dnia 28 kwietnia 2020 r. na podstawie art, 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p., po czym dnia 7 maja 2020 r. wszczęte zostało postępowanie, przy jednoczesnym skorzystaniu z dyspozycji art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy P.z.p. stanowiącego podstawę do wyznaczenia terminu składania ofert krótszego niż termin 35 dniowy.

Zamawiający wskazał, że jedyną alternatywą dla zapewnienia odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z gminy Andrespol, od dnia 6 lipca 2020 r. byłoby udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Realizacja powyższego (zawarcie umowy) w krótkim, 7-dniowym okresie (termin wniesienia odwołania oraz termin 6 lipca 2020 r. dzieli 7-dniowy okres), stawia wdrożenie wskazanej alternatywy pod wątpliwość, a na pewno uniemożliwia zastosowanie, jakiegokolwiek innego trybu przewidzianego przepisami ustawy P.z.p. Zastosowanie ww. trybu na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. (jedynej podstawy prawnej, możliwej do rozważenia w zaistniałym stanie faktycznym), tj. ze względu

na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, może budzić wątpliwości wobec:

1) ziszczenia się wszystkich przesłanek wyrażonych w ww. przepisie,

2) brzmienia art. 6c ust. 2a u.c.p.g, zgodnie z którym udzielenie zamówienia na odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, w tym letniskowych (objętych zakresem zamówienia udzielanego w Postępowaniu), może nastąpić wyłącznie w trybie przetargu zorganizowanego na podstawie przepisów P.z.p.

Ponadto, w ocenie zamawiającego, zastosowanie trybu z wolnej ręki, znajduje mniejsze uzasadnienie systemowe, niż zawarcie umowy po uchyleniu zakazu o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy P.z.p. — tj. w wyniku udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający swoje stanowisko uzasadnia tym, że tryb z wolnej ręki jest najmniej konkurencyjnym trybem z przewidzianych w P.z.p, Jego przeciwieństwem jest tryb przetargu nieograniczonego, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Zamawiający wskazał, że zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki, nastąpiłoby z Jantar 8, albowiem jest to wykonawca, który w postępowaniu złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo (jedyną mieszczącą się w budżecie zamawiającego), a nadto, który aktualnie świadczy tożsame rodzajowo usługi na rzecz Gminy Andrespol. Zapewnienie świadczenia usług, od 6 lipca 2020 r. przez innego wykonawcę jest niemożliwe, przynajmniej wobec obowiązku odpowiednio wcześniejszego zapewnienia i podstawienia przez operatora odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pojemników dla właścicieli nieruchomości, w których nastąpi zbieranie tychże odpadów.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z s.i.w.z. sporządzonym na potrzeby postępowania i wiążącym na aktualnym etapie zarówno wykonawców, jak i zamawiającego „Termin wykonania zamówienia: od dnia 06.072020 r. (lub od dnia zawarcia umowy — jeżeli (. . .) Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia może ulec opóźnieniu m. in., z uwagi na możliwość przedłużenia się procedury udzielenia zamówienia publicznego. W tym przypadku termin zakończenia realizacji zamówienia z ww. przyczyn nie ulegnie zmianie, a realizacja zamówienia będzie następować od dnia wskazanego w umowie jako dzień rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych.” . W świetle ww. zapisu s.i.w.z., niezależnie od tego, jaka będzie podstawa świadczenia usług, od

6 lipca 2020 r., wpłynie ona na skrócenie okresu świadczenia usług w ramach zamówienia udzielonego w postępowaniu (wyłącznie, jeżeli odwołanie nie zostanie uwzględnione, albowiem wyeliminowanie wykonawcy Jantar 8 będzie skutkowało zaktualizowaniem się przesłanki unieważnienia postępowania, wyrażonej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., wobec tego, że zarówno oferta odwołującego jak i oferta Eneris Surowce S.A. przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty do cen wskazanych ofert).

Zamawiający wskazał, że zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki będzie mniej korzystne dla interesu publicznego, niż zawarcie umowy w postępowaniu (w razie ewentualnego uchylecia przez Izbę zakazu o którym mowa w art. 193 ust. 1 ustawy P.z.p.). Powyższe wynika z okoliczności, iż zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki, następuje po przeprowadzeniu negocjacji z jednym wykonawcą, który – mając świadomość nieodzowności zapewnienia przez Gminę Andrespol realizacji usług na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych – ma dogodną pozycję negocjacyjną, która może skutkować zaoferowaniem gorszych warunków kontraktowo-transakcyjnych, w tym w zakresie ceny, niż przedstawionej w ofercie złożonej w postępowaniu. Powyższego doświadczył zamawiający m.in. negocjując warunki aneksu do aktualnie wiążącej zamawiającego z Jantar 8 umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Wskazane powyższe doświadczenia nie są odosobnione i stanowią zjawisko o charakterze powszechnym.

W kontekście powyższego zamawiający wskazał, że wydatki na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pokrywane są z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi pochodzącymi bezpośrednio od właścicieli nieruchomości, i gromadzonymi na wyodrębnionym rachunku bankowym (6r ust. 2 i 6r ust. 1ab u.c.p.g.), Zgodnie z art. 6r ust. 2 u.c.p.g., z pobranych od właścicieli nieruchomości opłat za gospodarowanie odpadów gmina pokrywa koszty funkcjonowania systemu gospodarki odpadami komunalnymi, która w przeważającej części obejmują odbierania, transportu, zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Opłaty za gospodarowanie odpadów komunalnych stanowią jedyne źródło pokrywania wydatków na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zapewnianych przez Gminę Andrespol. W konsekwencji konieczność zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki na mniej korzystnych warunkach finansowych niż zawarcie umowy w postępowaniu (po ewentualnym uchyleciu zakazu zawarcia umowy) będzie miała bezpośrednie przełożenie na koszty ponoszone przez właścicieli nieruchomości. Powyższe, w ocenie zamawiającego, istotnie koliduje z interesem

publicznym, tj. interesem mieszkańców gminy Andrespol, których bezpośrednio obciążają koszty usług odbioru i transportu odpadów komunalnych.

W zakresie identyfikacji interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku wybrania oferty Jantar 8 jako oferty najkorzystniejszej i w efekcie zawarcia umowy z ww. wykonawcą, zamawiający wskazał, że jest to interes odwołującego.

W ocenie Zamawiającego, interes zamawiającego, interes Jantar 8, interes pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, tj. Eneris Surowce S.A., interes publiczny nie doznają ryzyka uszczerbku na skutek wybrania jako oferty najkorzystniejszej oferty Jantar 8. Zawarcie umowy przez Jantar 8 z zamawiającym, wobec okoliczności, iż jest to oferta przedstawiająca najkorzystniejsze warunki kontraktowo-transakcyjne, jak również jest jedyną mieszczącą się w budżecie zamawiającego, a nadto umożliwia uchylenie negatywnych skutków dla interesu publicznego i właścicieli nieruchomości położonych na terenie gminy Andrespol (wiążących się z jej niezawarciem), pozostaje w interesie zamawiającego. W konsekwencji uchylenie przez KIO zakazu, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy P.z.p. nie generuje ryzyka uszczerbku w interesie zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że zważając na okoliczność, iż zawarcie umowy nastąpi z Jantar 8 na zaoferowanych przez tego wykonawcę warunkach, nie sposób uznać, że uchylenie zakazu o którym mowa w art. 183 ust. 1 P.z.p., stwarza ryzyko kolizji z interesem wskazanego wykonawcy.

Zdaniem zamawiającego, uchylenie zakazu zawarcia umowy nie koliduje również z interesem Eneris Surowce S.A., albowiem oferta wskazanego wykonawcy, po pierwsze, plasuje się na 3 miejscu w rankingu złożonych w postępowaniu ofert, a nadto ewentualne uwzględnienie odwołania, będzie skutkowało unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Zamawiający podniósł, że uchylenie zakazu zawarcia umowy nie będzie kolidowało z interesem publicznym, dla ochrony którego niezbędne jest uchylenie przez Izbę wskazanego zakazu. Powyższe należy uzupełnić o wskazanie, że w przypadku wydania przez Izbę w postępowaniu odwoławczym zainicjowanym przez odwołującego, wyroku korzystnego dla zamawiającego, po uprzednim uchyleniu zakazu zawarcia umowy, umożliwi zachowanie

pełnej ciągłości realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, bez konieczności podejmowania dodatkowych czynności. Odmiennie sytuacja faktyczna, będzie się kształtować w przypadku zawarcia przez zamawiającego umowy w trybie z wolnej ręki, której zwińczenie będzie mogło nastąpić dopiero w momencie, w którym wybrany wykonawca spełni obowiązki warunkujące zawarcie umowy w wyniku postępowania, tj. m.in. wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powyższe wydłuży okres, w którym będą występować negatywne konsekwencje dla interesu publicznego. Uszczerbek dla interesu publicznego będzie jeszcze większy w przypadku uwzględnienia przez Izbę odwołania, albowiem wydłużeniu ulegnie okres niezapewnienia odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie gminy Andrespol lub konieczności zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki (przy uwzględnieniu ww. wątpliwości prawnych we wskazanym zakresie).

Zamawiający zauważył, że – niezależnie od tego czy zakaz, o którym mowa w art. 193 ust. 1 ustawy P.z.p. zostanie uchylony, czy też powyższe nie nastąpi:

1) w okresie od 6 lipca 2020 r. odwołujący nie będzie świadczył usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z Gminy Andrespol aż do momentu wydania przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze zainicjowane odwołaniem z dnia 29 czerwca 2020 r.;

2) nierozpoczęcie świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych z dniem 6 lipca 2020 r. skraca termin realizacji umowy ewentualnie zawartej w wyniku postępowania. W rezultacie, ewentualne wydanie przez KIO wyroku uwzględniającego odwołanie, nie będzie skutkowało uzyskaniem przez odwołującego statusu wykonawcy, realizującego umowę na odbiór odpadów komunalnych w okresie od 6 lipca 2020 r. do momentu wydania przez Izbę orzeczenia wieńczącego sprawę,

3) ewentualne wydanie przez Izbę wyroku uwzględniającego (bez uprzedniego uchylenia zakazu zawarcia umowy), będzie skutkować następczo unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. wobec tego, że zarówno oferta odwołującego, jak i Eneris Surowce S.A. przedstawia warunki cenowe przewyższające kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie ma możliwości jej zwiększenia do ceny wskazanych ofert,

4) ewentualne przeprowadzenie nowego postępowania, w sytuacji zaistnienia okoliczności o których mowa w pkt 3, wykazuje ograniczone prawdopodobieństwo złożenia przez odwołującego oferty o najkorzystniejszym bilansie korzyści kontraktowo-transakcyjnych. Powyższe uprawdopodobniają dotychczasowe doświadczenia przetargowe zamawiającego w ramach, których odwołujący składał oferty tj. w przedmiotowym postępowaniu oraz w postępowaniu na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych wraz z selektywną ich zbiórką z terenu gminy Andrespol”, numer referencyjny: 72.271.6232.10.2020, wszczętym ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dz. Urz. UE nr 128672-2020-PL. Zamawiający wskazał, że oferty odwołującego zawsze były istotnie mniej korzystne cenowo niż oferty Jantar 8. Należy zatem przyjąć, że w ramach ewentualnego, kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ww. sytuacja nie ulegnie zmianie.

Izba ustaliła, że w dniu 29 czerwca 2020 roku wykonawca FBSerwis SA w Warszawie (odwołujący) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Jantar 8 sp. z o.o. w Rzgowie jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zaniechania wykluczenia Jantar z postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Jantar, pomimo iż oferta ta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), gdyż zamawiający w pkt II. ppkt 1 załącznika nr 1 do s.i.w.z. - szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (s.o.p.z.) wymagał, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie wskazał instalacje, do których będzie przekazywać odebrane odpady komunalne, w szczególności instalacje komunalne, a Jantar w złożonym przez siebie formularzu ofertowym wskazał dwie instalacje (ZGO Pukinin oraz Eko-Region sp. z o.o. w Dylowie), dla których zadeklarował przekazywanie wyłącznie odpadów o kodzie 20 03 01 (odpady komunalne zmieszane) oraz o kodzie 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji),

2. co oznacza, że Jantar nie wskazał instalacji, w których miałyby być zagospodarowane pozostałe frakcje odpadów odbieranych przy realizacji zamówienia, tj. w szczególności papier i tektura, szkło, tworzywa sztuczne i odpady wielomateriałowe, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, odpady wielkogabarytowe, zużyte opony oraz inne odpady, w tym wymienione w s.o.p.z.,

a tym samym Jantar nie określił swojego zobowiązania ofertowego w sposób wymagany przez zamawiającego, zaś świadczenie, do którego się zobowiązał w swojej ofercie, pozostaje niedookreślone co do miejsca zagospodarowania przedmiotowych frakcji odpadów;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Jantar z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie posiadania wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej obejmującego zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia zawierające substancje niebezpieczne, gdyż na potwierdzenie spełnienia tego warunku przedstawił jedynie:

a. zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej: z dnia 6 maja 2015 r. oraz z dnia 8 sierpnia 2017 r., które to zaświadczenia nie obejmowały ww. kodu odpadów,

b. zaświadczenie wydane w dniu 10 czerwca 2020 r. potwierdzające dokonanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpadów o kodzie 17 01 06, a uwzględniające zmianę, która została zgłoszona dopiero w dniu 3 czerwca br. (a więc na 2 dni przed terminem składania ofert), przy czym zgodnie z art. 9c ust. 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010, ze zm.) wpis w rejestrze działalności regulowanej jest dokonywany nie z chwilą zgłoszenia zmiany, lecz z chwilą zamieszczenia danych w rejestrze, co oznacza, że wobec braku ujawnienia (zamieszczenia) w rejestrze działalności regulowanej danych o wpisie Jantar w zakresie kodu 17 01 06* w dniu 5 czerwca 2020 r., wykonawca ten w chwili składania oferty nie spełniał warunku udziału w postępowaniu.

Podnosząc ww. zarzuty odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty Jantar jako oferty najkorzystniejszej,
 - b) nakazanie zamawiającemu wykluczenie Jantar z postępowania,

- c) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Jantar.

Ponadto odwołujący wniósł o:

3. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

Izba ustaliła, że kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinalizowanie zamówienia wynosi 4 300 000,00 zł.

W postępowaniu złożono 3 oferty:

- 1) ENERIS Surowce SA w Kielcach, z ceną 5 305 760, 18 zł brutto,
- 2) FBSerwis SA w Warszawie, z ceną 4 534 746,43 zł brutto,
- 3) Jantar 8 Sp. z o.o. w Rzgowie, z ceną 3 796 425,60 zł brutto.

Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy P.z.p.: *W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”.*

Z kolei przepis art. 183 ust. 2 ustawy P.z.p. stanowi, iż: *Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 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.*

Wynikający z art. 183 ust. 1 ustawy P.z.p. zakaz zawarcia umowy nie ma zatem charakteru kategoriowego. W myśl ust. 2 tegoż artykułu, zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 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. 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. 183 ust. 2 zd. drugie ustawy P.z.p. 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 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.

A zatem, aby możliwe było uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, niezbędnym jest wykazanie możliwości zaistnienia negatywnych konsekwencji niezawarcia umowy przynajmniej w jednej ze wskazanych wyżej 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 na okres miesięczny będzie skutkowało powstaniem niebezpieczeństwa epidemiologicznego dla mieszkańców gminy Andrespol, środowiska naturalnego oraz będzie rodzić zagrożenie sanitarne oraz bakteriologiczne. Konsekwencją powyższego jest bezpośredni wpływ na zdrowie i życie mieszkańców tj. powstania zagrożenia bezpieczeństwa publicznego w sferze zdrowia i życia mieszkańców, spowodowanego rozkładem substancji organicznych i namnażaniem się drobnoustrojów. Powyższe, ze znaczną dozą prawdopodobieństwa, będzie generować również istotne i uzasadnione niepokoje społeczne, w szczególności wobec wciąż trwającej epidemii COVID19, 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. Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający wykazał, iż niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

Drugą przesłanką, zaistnienie której jest konieczne dla uchylecia zakazu zawarcia umowy, jest udowodnienie, iż negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy 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.

W wyroku z dnia 21 czerwca 2001 roku (sygn. 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, podlegają 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, polega na osiągnięciu przez niego zysku uzyskanego w wyniku realizacji przedmiotu umowy. W rozpoznawanym przypadku ewentualna szkoda odwołującego wynikałaby wyłącznie z faktu, że nie jemu zostało udzielone przedmiotowe zamówienie. Izba wskazuje jednak, że nawet w sytuacji uznania odwołania za zasadne, odwołujący nie uzyskałby zamówienia. Odwołujący złożył bowiem ofertę, której cena przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, a zamawiający oświadczył, że nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty. W sytuacji, gdyby zamawiający był obowiązany unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, byłby uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

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, ponieważ przemawia za tym interes publiczny. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie skutki nieodbierania odpadów w gminie nawet w krótkim okresie czasu, a tym bardziej na przestrzeni kilku czy kilkunastu tygodni.

Uwzględniając skutki, jakie może spowodować dalsze utrzymywanie zakazu zawarcia umowy, w ocenie Izby zachodzi podstawa do uwzględnienia wniosku o uchylecie zakazu

zawarcia umowy na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy P.z.p. W okolicznościach dotyczących rozpatrywanego wniosku należało przede wszystkim ustalić, czy ustawowy nakaz powstrzymania się przez zamawiającego od zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku kończącego postępowanie odwoławcze, może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Izba ustaliła, iż uwzględniając przewidywany przebieg procedury w ramach postępowania odwoławczego istnieje znaczące ryzyko co do niemożności zapewnienia przez zamawiającego porządku w gminie. W ocenie Izby, wskazane okoliczności uzasadniają stwierdzenie zagrożenia dla interesu publicznego w takim stopniu, iż konieczne jest uchylene zakazu zawarcia umowy.

W związku z powyższym, Izba uznała, iż utrzymanie zakazu zawarcia umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, co prowadziło do uchylene zakazu zawarcia umowy.

.....