

POSTANOWIENIE
z dnia 25 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Katarzyna Poprawa

Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 25 czerwca 2018 roku w Warszawie wniosku z dnia 18 czerwca 2018 roku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.*

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn.: „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn.: *„Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.*

W dniu 18 czerwca 2018 roku (prezentata na piśmie) pismem z dnia 13 czerwca 2018 roku Zamawiający złożył w trybie art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami, dalej: „ustawa”) wniosek do

Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1 Pzp., tj. umowy z Miejskim Przedsiębiorstwem Oczyszczania w m.st. Warszawa sp. z o.o. (dalej: „MPO”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r. nr ref.: ZP/GP/271/IV077/18 wobec faktu, że brak niezwłocznego zawarcia umowy 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 o udzielenie zamówienia publicznego.

Ogłoszenie dobrowolnej przejrzystości *ex ante* opublikowano w dniu 4 kwietnia 2018 roku, a w dniu 5 kwietnia 2018 roku informację o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W. B. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 730/18) oraz wykonawcę SUEZ Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 739/18).

Zgodnie z regulacją art. 183 ust. 1 ustawy Zamawiający, w przypadku wniesienia odwołania, nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Oceniając przedmiotowy stan faktyczny Izba uwzględnia treść przepisu art. 183 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym dopuszczalne jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, jeżeli 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. Zatem, aby przywołany przepis mógł mieć zastosowanie, niezbędne jest kumulatywne wykazanie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie. Należy zauważyć, że możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze stanowi wyjątek od zasady, że Zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Tym samym wypełnienie ustawowych przesłanek pozwalających w konsekwencji na uchylenie zakazu zawarcia umowy, jako wyjątek, nie może być interpretowane rozszerzająco.

W ocenie Izby, Zamawiający, podnosząc argumenty uzasadniające zastosowanie tej właśnie instytucji nie wykazał, na ten moment, zaistnienia ustawowych przesłanek uzasadniających uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Izba wskazuje, że Zamawiający w złożonym wniosku wniósł o *uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze*. Skonstruowanym wnioskiem Zamawiający wprowadza niewynikające z ustawy określenie uchylenia zakazu zawarcia umowy *do czasu* wydania przez Izbę orzeczenia w rozpoznawanych sprawach. Zamawiający wskazał również w zgłoszonym wniosku, że brak *niezwłocznego zawarcia umowy 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*. Zamawiający wnioskując podkreślał, że umowa w jego ocenie musi zostać zawarta *niezwłocznie*, a jednocześnie nie wskazał, że brak jej zawarcia spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego podając, że takie skutki są możliwe (*może*). Niewątpliwie dostrzegalną dla każdego jest różnica w możliwości zaistnienia danych skutków, czyli zdarzeniom przyszłym ale niepewnym, a w zaistnieniu danych skutków, czyli zdarzeniu przyszłym ale pewnym. Podkreślić należy w tym miejscu, że przesłanki wynikające z ustawy nie mogą być interpretowane rozszerzająco, a fakt, że dobro interesu publicznego brane jest pod uwagę przy rozpatrywaniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy ponad korzyści związane z ochroną wszystkich innych interesów, to skutki jakie mogą powstać z uwagi na niezawarcie umowy nie mogą pozostawać w sferze niepewności. W zasadzie to potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy jest podstawą dla wniesienia wniosku, a skoro jest niezwłoczna potrzeba zawarcia umowy to i negatywne skutki dla interesu publicznego również muszą być nieuchronne.

W ocenie Izby nie stanowi uzasadnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy odnośnienie się Zamawiającego do prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i związanych z nim postępowań odwoławczych wywołanych przez dwóch Odwoływających ze wskazaniem, że stanowią one *strategię Odwoływających, którzy przeciągając trwające postępowanie próbują wymusić na Zamawiającym unieważnienie przetargu i rozpoczęcie go na nowo, ale już w innym trybie i z ich udziałem*.

Zauważenia wymaga również, że w uzasadnieniu wniosku Zamawiający posługuje się odniesieniem do „procedury przetargowej” (np.: *Co więcej, rozpoczęcie procedury przetargowej uzależnione było również ...*), bądź „przetargiem” (jak we wcześniej zacytowanym fragmencie), albo sformułowaniem „przetarg” (np.: *W przeciwnym wypadku przetarg nie zostałby przeprowadzony rzetelnie i zachowaniem wszystkich niezbędnych zasad ...*) przy czym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie którego

Zamawiający złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy prowadzone jest w trybie zamówienia z wolnej ręki. Taka niezgodność w argumentacji z faktycznym stanem, posługiwanie się ww. pojęciami i to w różnych miejscach wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy powoduje, że argumentacja Zamawiającego, którą przedstawia, staje się niejednoznaczna. Podkreślenia wymaga, że nie jest zadaniem Izby domyślanie się jaka była intencja Zamawiającego. Jak również zaznaczyć należy, że Izba nie może weryfikować treści uzasadnienia złożonego wniosku i przypisywać twierdzeniom Zamawiającego innego znaczenia niż to jakie wynika z samej treści uzasadnienia wniosku.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że uchylenie zakazu zawarcia umowy i jej natychmiastowe zawarcie (czerwiec) nie spowoduje negatywnych skutków dla interesu publicznego. Zamawiający nie wykazał w jakiej perspektywie będzie zagrożony interes publiczny. W chwili obecnej Zamawiający jest związany umowami na świadczenie usług odbioru odpadów i to w sferze jego decyzji pozostaje wybór trybu i sposobu realizacji zadania publicznego, a Izba ocenia to działanie pod względem prawnym

W przedstawionym uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazuje na obowiązki wynikające z treści art. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2017 r. poz. 1289 ze zmianami) jakie spoczywają na Zamawiającym, tj. obowiązek realizacji zadań własnych w zakresie utrzymania czystości i porządku w gminach, w tym w szczególności polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych. Każdy z podmiotów publicznych zobowiązany jest do realizacji zadań jakie zostały mu określone w stosowanych przepisach, dlatego też nie sposób przypisywać temu innego, szczególnego znaczenia. Natomiast podjęcie przez Zamawiającego *decyzji strategicznych dotyczących wdrożenia nowej organizacji realizacji zadania własnego utrzymania czystości i porządku na terenie Warszawy* stanowi jedynie o sposobie realizacji zadań własnych w zakresie utrzymania czystości i porządku w gminach. Słusznie wskazał również Zamawiający, że jego obowiązkiem jest stworzenie takich warunków odbiorów odpadów od mieszkańców, aby odbiór ten był nieprzerwany i pewny, a efektywność była jak najwyższa. W ocenie Izby Zamawiający stara się sprowadzić interes własny tj. wypełnienia ciężących na nim obowiązków do interesu publicznego, jaki ma znaczenie dla rozpoznania przedmiotowej przesłanki oceny zasadności wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Działanie takie jest niedopuszczalne, bowiem interes Zamawiającego – w tym wypadku sprowadzający się do realizacji ustawowych zadań – nie może być utożsamiany z interesem publicznym. Zadania jakie realizuje Zamawiający w zakresie zadań własnych, a stanowiące przedmiot zamówienia nie są zadaniami „niezwykłymi”, można powiedzieć, że są zadaniami charakterystycznymi, które nałożone są na wielu zamawiających w kraju, co wynika ze specyfiki zamawiających i obowiązujących

przepisów prawa. Wydaje się, że Zamawiający stara się utożsamiać niezwykłości zadań jakie są jego obowiązkiem w sposobie ich realizacji, jednakże i takie stanowisko nie zasługuje na aprobatę. Inny niż dotychczasowy sposób realizacji zadań własnych Zamawiającego, w tym działania jakie musiał, czy musi podejmować Zamawiający, aby osiągnąć zamierzony cel również nie stanowi uzasadnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, jednocześnie jest samo w sobie wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony Zamawiający wskazuje, że realizacja zadania własnego w formule jaką przyjął Zamawiający, uwzględniając podane przez Zamawiającego cele *oznacza de facto stworzenie zupełnie nowego systemu zagospodarowania i odbioru odpadów, realizacja przyjętej strategii jest złożona, wieloetapowa i rozłożona w czasie*. Jednocześnie Zamawiający w tym samym wniosku wskazuje – w stanowisku odnoszącym się do zapewnienia ochrony interesów wykonawców pomimo zawarcia takiej umowy – że, Zamawiający licząc się z ewentualnym unieważnieniem umowy, co mogłoby być efektem rozstrzygnięcia prowadzonych przed Izłąbą spraw. To oznacza, że nie będzie możliwa realizacja przyjętej przez Zamawiającego złożonej, wieloetapowej i rozłożonej w czasie strategii. Takie stanowisko Zamawiającego powoduje, że przedstawiona argumentacja odnosząca się do kształtujących tą sytuację aktów prawnych oraz uchwał Rady Miasta Stołecznego Warszawy i innych wskazanych we wniosku umożliwiających Zamawiającemu przyjęcie docelowego modelu gospodarki odpadami i realizacji złożonej, wieloetapowej i rozłożonej w czasie strategii nie stanowi również uzasadnienia dla uchylenia zakazu zawarcia umowy w kontekście wskazywanej przez Zamawiającego ochrony interesów wykonawców. Zamawiający wskazał, że zawarcie umowy z MPO da mu podstawę do *podjęcia dalszych działań zmierzających do ostatecznego uregulowania polityki nieczystości w mieście*, jednocześnie argumentując, że gdyby okazało się, że Zamawiający skorzystała z zamówienia *in-house* z naruszeniem prawa zamówień publicznych to ochrona interesów wszystkich wykonawców, niezależnie od wcześniej zawartej umowy, zostanie zapewniona ponieważ zawarta umowa będzie podlegała unieważnieniu. Ta argumentacja Zamawiającego wskazuje na niezasadność twierdzeń odnoszących się do potrzeby uchylenia zakazu zawarcia umowy z powodu umożliwienia kontynuacji złożonego i skomplikowanego procesu całkowitej zmiany gospodarki odpadami na terenie Warszawy. Twierdzenie Zamawiającego, że zawarcie umowy uchroni całą społeczność miasta od doniosłych, katastrofalnych skutków związanych z groźącym brakiem odbioru odpadów na całym terenie Warszawy od początku przyszłego roku jest sprzeczne z przytoczoną powyżej (a zawartą we wniosku) częścią argumentacji dotyczącą unieważnienia umowy.

Dwoistość twierdzeń Zamawiającego – raz odnoszących się do konieczności niezwłocznego zawarcia umowy ze względu na przyjęcie docelowego modelu gospodarki

odpadami i realizacji złożonej, wieloetapowej i rozłożonej w czasie strategii, a z drugiej strony argumentacją wskazującą na unieważnienie takiej umowy, w przypadku stwierdzenia braku podstaw do prowadzenia postępowania w wybranym przez Zamawiającego trybie – potwierdza brak wykazania przez Zamawiającego spowodowania negatywnych skutków dla interesu publicznego, który badany jest na moment jego oceny.

Izba podkreśla również, że to nie interes wykonawców – jak wskazywał we wniosku Zamawiający – winien nie doznać żadnego uszczerbku przy podpisaniu umowy w wyniku uchylecia zakazu zawarcia umowy. W przypadku zastosowania tej szczególnej regulacji ustawowej (uchylenie zakazu zawarcia umowy) to negatywne skutki dla interesu publicznego, jakich zaistnienie winien wykazać Zamawiający w przypadku nie zawarcia umowy, a które przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowić powinny uzasadnienie wniosku. Zamawiający winien wykazać, że korzyści płynące z ochrony interesu publicznego, czyli zniwelowanie negatywnych skutków dla interesu publicznego, jest większe od korzyści związanych z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Właśnie z tego powodu tak istotne i precyzyjne musi być wykazanie negatywnych skutków dla interesu publicznego jakie zaistnieją w przypadku niezawarcia umowy.

Niezasadne jest twierdzenie Zamawiającego, że z powodu na możliwość unieważnienia umowy *wystąpienie najmniejszego nawet interesu publicznego* czyni wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy zasadnym. Interes publiczny nie podlega gradacji, przepis również nie odnosi się do oceny istotności czy wielkości interesu publicznego, miernikiem jest spowodowanie istotnych negatywnych skutków dla interesu publicznego, które są tak istotne, że przewyższają korzyści jakie wynikają z ochrony wszystkich interesów, które mogą zostać naruszone w wyniku zawarcia takiej umowy – i to winien wykazać wykonawca składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

W tym stanie rzeczy nie zachodzi konieczność odstąpienia od zasady zakazu zawierania umów w sprawie zamówienia do momentu ogłoszenia orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą merytoryczne przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy wskazane w art. 183 ust. 2 zdanie 2 ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....