

POSTANOWIENIE
z dnia 2 stycznia 2023 r.

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

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **2 stycznia 2023 r.** w Warszawie wniosku z **28 grudnia 2022 r.** o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze

wniesionego przez zamawiającego: **Gmina Tuchów**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tuchów* (nr ZP-271-UE/1/2022)

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy.

U z a s a d n i e n i e

Gmina Tuchów [dalej: „Gmina” lub „Zamawiający”], w związku z wniesionym 27 grudnia 2022 r. przez Remondis Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [dalej również: „Odwołujący”] złożyła wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w zakresie części 1. powyższego postępowania dotyczącej odbioru i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z tereny Gminy Tuchów oraz z PSZOK w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2023 r., z powołaniem się na obie przesłanki, o których mowa w art. 578 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) [dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub „PZP”].

[uzasadnienie wniosku odnośnie przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 pzp]

Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych jest usługą, która musi być świadczona w sposób ciągły, gdyż mieszkańcy stale wytwarzają odpady komunalne. Z kolei zakłócenie ciągłości świadczenia tej usługi mogłoby doprowadzić do powstania zagrożeń sanitarnych, bakteriologicznych czy epidemiologicznych na obszarze

Gminy, które w dalszej konsekwencji mogą się wiązać z wystąpieniem zagrożenia życia i zdrowia mieszkańców, jak również zagrożeniami dla środowiska i przyrody.

Przedmiotem zamówienia są usługi, których zapewnienie stanowi zadanie własne gminy oraz ma charakter usług użyteczności publicznej.

Jak to trafnie wskazała Izba w podobnej sprawie w postanowieniu z dnia 5 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO/W 7/22:

(...)

Jak wynika ze stanowiska 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.

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 wartości, które ów interes publiczny uosabiają. 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.

W uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12.03.1997 r., (W 8/96, OTK 1997/1, poz. 15) określono, że interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

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.

(...)

Obowiązująca umowa wygasa z końcem bieżącego roku kalendarzowego.

Zamawiający nie jest w stanie zapewnić ciągłości świadczenia usług odbioru odpadów w inny sposób, niż dzięki zawarciu umowy z wybranym wykonawcą, gdyż łączna wartość szacunkowa zamówienia wymaga zawarcia umowy w tej sprawie przy uwzględnieniu reżimu ustawy pzp.

Jednocześnie skorzystanie z trybów o charakterze niekonkurencyjnym celem zapewnienia ciągłości świadczenia tych usług z dużą dozą prawdopodobieństwa nie przyniesie skutku, gdyż konieczność podjęcia szeregu niezbędnych czynności organizacyjno-technicznych (przygotowanie harmonogramów odbioru odpadów, obsługa pojemników na odpady, dostarczenie worków na odpady itp.) przez potencjalnego wykonawcę nie będzie dla niego ekonomicznie opłacalne z uwagi na krótki okres obowiązywania takiej przejściowej umowy.

{uzasadnienie wniosku odnośnie przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 pzp}

Istotą sporu w sprawie odwoławczej jest kwestia wykazania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w postaci posiadania aktualnego zezwolenia odpowiedniego organu na zbieranie odpadów komunalnych, w tym niebezpiecznych odpadów komunalnych (art. 42 ust. 1 i art. 43 ust. 2 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach).

Jak sam Odwołujący (Remondis Kraków sp. z o.o.) wskazywał w wyjaśnieniach z 8.12.2022 r. (załączonych do odwołania), takie pozwolenie na zbieranie poszczególnych niebezpiecznych odpadów komunalnych posiadają Remondis sp. z o.o. oraz Remondis Electrorecycling sp. z o.o., czyli odrębne od niego osoby prawne.

Tymczasem jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego: *Ustawa PZP nie dopuszcza zatem żadnej formy udostępnienia zasobów dotyczących wymaganych przez Zamawiającego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, za wyjątkiem możliwości wskazanych w art. 117 ust. 2 PZP. Przepis ten wymaga jednak współdziałania wykonawców na zasadzie konsorcjum (wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego), co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Tym bardziej niedopuszczalne jest powoływanie się przez Wykonawcę na fakt posiadania przez podmiot trzeci (zwłaszcza odrębną osobę prawną) wymaganych dla Wykonawcy w SWZ uprawnień, bez względu na to jaki charakter powiązań kapitałowo-majątkowych zachodzi pomiędzy samym Wykonawcą a tym podmiotem.*

Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może posłużyć się decyzjami, koncesją czy zezwoleniem innego podmiotu, gdyż wynikające z nich uprawnienia są przypisane konkretnemu adresatowi decyzji administracyjnej wydawanej w takich sprawach. Przyjęcie odmiennej interpretacji doprowadziłoby do absurdalnych wniosków, że wykonawcy w toku postępowania mogą wykazywać na posiadanie uprawnień czy zezwoleń niezbędnych do realizacji zamówienia

przez podmioty trzecie, niebiorące w ogóle udziału w postępowaniu i w żaden sposób niezobligowane do późniejszej realizacji tego typu zamówienia, co czyniłoby martwymi przepisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności.

O intencjach Odwołującego świadczy również próba manipulacji faktami wskazywanymi w treści samego odwołania. Wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, unieważnienie dotyczyło wyłącznie wezwania z 7.12.2022 r. w odniesieniu do uzupełnienia konkretnego dokumentu i tylko w tym zakresie Zamawiający uznał argumentację Odwołującego. Natomiast istotne dla sprawy wezwanie do uzupełnienia dokumentów, któremu Odwołujący nie sprostął, zostało do niego skierowane w 9.12.2022 r. i nie zostało unieważnione.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że odwołanie jest wnoszone wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy w zakresie części 1. postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Postępowanie o udzielnie przedmiotowego zamówienia, którego wartość jest powyżej progów unijnych, zostało wszczęte 24 października 2022 r., z terminem składania ofert wyznaczonym na 21 listopada 2022 r., przy czym minimalny okres związania ofertą złożoną ofertą miał trwać do 19 stycznia 2022 r. [patrz ogłoszenie zamieszczone w Dz. Urz. UE nr 2022/S 205-585162 – w aktach sprawy]. Już z zestawienia tych dat wynika, że Zamawiający powinien był się liczyć z tym, że nie będzie możliwe rozstrzygnięcie tego postępowania w terminie, który pozwoli mu na zachowanie ciągłości świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów. Tym bardziej w sytuacji, gdy faktycznie wyboru najkorzystniejszej oferty dokonał 16 grudnia 2022 r., co oznaczało, że najwcześniej do zawarcia umowy będzie mogło dojść 27 grudnia 2022 r. [patrz zawiadomienie załączone do odwołania w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 3473/22], ale wyłącznie w sytuacji, gdy nie zostanie wniesione odwołanie.

Niezależnie od powyższego Zamawiający nie wykazał, że w zaistniałej sytuacji, która wynika co najmniej po części z faktu późnego wszczęcia postępowania, nie może udzielić na okres przejściowy zamówienia z wolnej ręki. Podniesione we wniosku okoliczności faktyczne nie tylko, że są domniemywane przez Zamawiającego, ale w oczywisty sposób nie odnoszą się do dotychczasowego wykonawcy usług.

Zamawiający na potrzeby uzasadnienia wniosku znacząco uprościł stan faktyczny sprawy w stosunku do tego, co wynika z treści odwołania i załączonych do niego dokumentów, w szczególności nie odniósł się do kwestii zasadności wymagania

od wykonawcy tego zamówienia zezwolenia odpowiedniego organu na zbieranie odpadów komunalnych [patrz odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 3473/22].

Zamawiający przechodzi również do porządku dziennego nad tym, że Odwołujący odwołał się od odrzucenia jego oferty jako czynności, która zamyka mu drogę do uzyskania tego zamówienia w części 1.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Wniosek należało uznać za w całości niezasadny.

Art. 577 ustawy pzp stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z 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.

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

Jednakże ponieważ możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przez wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od wynikającej z art. 577 ustawy pzp zasady, nie może być interpretowany rozszerzająco.

Izba zważyła, że argumentacja podniesiona we wniosku w kontekście przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 pzp jest zbyt ogólna i niekompletna. O ile realizacja tego zamówienia wpisuje się niewątpliwie w zaspokajanie potrzeb lokalnej społeczności, czyli leży w interesie publicznym, o tyle jest to bez znaczenia w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne przedstawione przez Zamawiającego nie pozwalały na ustalenie, że konieczne jest natychmiastowe zawarcie umowy w sprawie części 1. tego zamówienia.

Zamawiający nie sprostował również wykazaniu, że – jak stanowi art. 578 ust. 2 pkt 2 pzp – odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Sygn. akt KIO/W 48/22

Argumentacja w tym zakresie sprowadza się do merytorycznego wdania się w spór, do tego przedstawiony w sposób nadmiernie uproszczony, którego rozstrzygnięcie jest niemożliwe bez przeprowadzenia postępowania odwoławczego.

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

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