

Sygn. akt: KIO/W 15/21

POSTANOWIENIE
z dnia 25 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Anna Packo
Beata Pakulska - Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 26 lutego 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 18 lutego 2021 r. (wpływ: 22 lutego 2021 r.) o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez Zamawiającego – Miasto Kalisz w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza” (znak postępowania: WGOŚ.271.06.0007.2020, D2020.12.02662)

postanawia:

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku
lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

U z a s a d n i e

W dniu 22 lutego 2021 r. Zamawiający – Miasto Kalisz – wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą nPzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza” (znak postępowania: WGOŚ.271.06.0007.2020, D2020.12.02662).

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 grudnia 2020 r. pod numerem 550559292-N-2020.

Wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze trybu i wszczęciu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki 4 stycznia 2021 r. odwołania wnieśli następujący wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z siedzibą w Kaliszu [dalej „Odwołujący 1”] oraz Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu [dalej „Odwołujący 2”].

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że w jego ocenie odwołania zostały wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Taka ocena sytuacji ma oparcie w szczególności w następujących okolicznościach:

1) pomimo wniesienia dwóch odrębnych odwołań, na tę samą czynność Zamawiającego (tj. wybór trybu z wolnej ręki) należy wskazać, że Odwołujący 1 i Odwołujący 2 pozostają w stałej relacji gospodarczej, co ukazuje m.in.:

a) ich wspólne ubieganie się w ramach konsorcjum o zamówienia udzielane przez Zamawiającego, a których przedmiotem były usługi z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi. Odwołujący wspólnie ubiegali się m.in. o zamówienia udzielane w ramach:

- postępowania pn. „Prowadzenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych dla mieszkańców Miasta Kalisza w 2021 roku”, WGOŚ.271.01.0010.2020,
- postępowania pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie miasta Kalisza”, WGOŚ.271.01.0009.2020,
- postępowania pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie miasta Kalisza”, WGOŚ.271.01.0002.2010,
- postępowania pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie miasta Kalisza”, WGOŚ.271.01.0004.2019,
- postępowania pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Kalisza z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”, WSRK.271.01.0003.2017,
- postępowania pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Kalisza z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”, WSRK.271.01.0001.2015,
- postępowania pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Kalisza z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”, WSRK.271.01.0003.2014.

Szczegóły wskazano w załączonym do wniosku wykazie.

Na potwierdzenie powyższego stanowiska Zamawiający przedłożył informacje z otwarcia ofert w ww. postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, informację o wyborze ofert najkorzystniejszych (postępowanie oznaczone znakiem: WSRK.271.01.0001.2015), protokół z otwarcia ofert (postępowanie oznaczone znakiem: WSRK.271.01.0003.2014).

b) przystąpienie Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. po stronie Odwołującego tj. Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych S.A. w ramach postępowania odwoławczego o sygn. KIO 3399/20

2) Odwołujący 1 i Odwołujący 2 są jedynymi podmiotami, które w okresie ostatnich lat ubiegały się o zamówienia publiczne dotyczące gospodarki odpadami komunalnymi, udzielane przez Zamawiającego. Szczegóły wskazano w załączonym do wniosku wykazie.

Na potwierdzenie powyższego stanowiska Zamawiający przedłożył informacje z otwarcia ofert w ww. postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, informację o wyborze ofert najkorzystniejszych (postępowanie oznaczone znakiem: WSRK.271.01.0001.2015), protokół z otwarcia ofert (postępowanie oznaczone znakiem: WSRK.271.01.0003.2014).

3) Odwołujący są podmiotami, które dotychczas realizowały usługi będące przedmiotem zamówienia udzielanego w postępowaniu. Mają zatem pełną świadomość dotyczącą tego, że z dniem 31 grudnia 2020 r. wygasły umowy nr UA/280/WGOŚ/2020; UA/281/WGOŚ/2020 i UA/282/WGOŚ/2020, a których przedmiotem był m.in. odbiór i transportu wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie Miasta Kalisza, tj. świadczenie usługi użyteczności publicznej, której zapewnienie stanowi obligatoryjne zadanie własne Miasta Kalisza, a którego realizacja musi być zapewniona w sposób ciągły i trwały. Zamawiający załączył ww. umowy do wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Zamawiający podnosił, że przedmiot zamówienia obejmuje 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. Miasto Kalisz obowiązane jest do zapewnienia odbioru, a następnie zagospodarowania, odpadów komunalnych z nieruchomości objętych systemem gospodarki odpadami komunalnymi. Realizacja wskazanego zadania w okresie od dnia 1 stycznia 2021 r. do dnia 31 grudnia 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 (właścicieli nieruchomości położonych w Mieście Kalisz) w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zaprzeszanie realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych będzie skutkowało powstaniem niebezpieczeństwa epidemiologicznego dla mieszkańców Miasta Kalisza, 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. Terminowy odbiór ww. frakcji odpadów komunalnych

z nieruchomości wielolokalowych ma istotne znaczenie zarówno dla prawidłowego funkcjonowania lokalnej gospodarki odpadami komunalnymi Miasta Kalisza, zapewnienia wymaganego standardu sanitarnego jak i zapewnienia bezpieczeństwa przeciwpożarowego. Powyższe obrazuje m.in. przykład pożaru w nieruchomości położonej przy ul. Rembieleńskiej 19 w Warszawie, spowodowany składowaniem odpadów wielkogabarytowych w zabudowie (wydruk ze strony: <https://warszawa.wyborcza.pl/warszawa/7,54420.25086475.blok-na-brodnie-zajal-sie-odsterty-smieci-mieszkancy-musieli.html>).

Zamawiający zaznaczył, że niezapewnienie przez Miasto Kalisz odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarki odpadami komunalnymi (na skutek niemożliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która w świetle art. 6d ust. 1 u.c.p.g., stanowi jedyną formę powierzenia realizacji tychże zadań) aktualizuje po stronie właścicieli nieruchomości obowiązek przekazania odpadów komunalnych, na koszt gminy, podmiotowi odbierającemu odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, wpisanemu do rejestru działalności regulowanej (art. 6s u.c.p.g.), co stwarza ryzyko poniesienia przez Miasto Kalisz uszczerbku finansowego, wynikającego z konieczności poniesienia ww. kosztów, w sposób kolidujący z przepisami u.f.p.

4) Odwołujący 1 i 2 mając wiedzę, co do okoliczności wskazanych powyżej w pkt 1) - 3) wnieśli kolejne odwołanie, którego zarzuty są bliźniacze względem podniesionych przez Odwołującego 1 w odwołaniu na czynność wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki przy udzieleniu przez Zamawiającego zamówienia w ramach postępowania pn. „Ustawienie pojemników na odpady oraz odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Cmentarza Komunalnego przy ul. Poznańskiej 183-185 i Cmentarza Wojskowego przy ul. Żołnierskiej 24 w Kaliszu wraz z zagospodarowaniem odebranych odpadów” (znak: BCK.271.06.1.2020), które zainicjowało postępowanie odwoławcze oznaczone sygn. KIO 3399/20. Zasadne jest zaznaczenie, że w sprawie odwoławczej oznaczonej sygn. KIO 3999/20, zainicjowanej odwołaniem wniesionym przez Odwołującego 1, w którym po stronie tego odwołującego przystąpił Odwołujący 2, zarzuty dotyczyły tej samej czynności Zamawiającego w przedmiotowej sprawie. Ponadto oba postępowania o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzowała tożsamość sposobu wykazania spełnienia się przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 P.z.p. (przedmiot odwołań). Zamawiający zauważył, iż zarówno uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, jak i zarzuty podniesione przez stronę Odwołujących, a także stan faktyczny w obu sprawach są tożsame. W sprawie KIO 3399/20 Izba wyrokiem z dnia 27 stycznia 2021 r. oddaliła odwołanie, stwierdzając iż zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne.

5) wniesienie odwołań, przez Odwołującego 1 i 2 tamuje możliwość zawarcia umowy, niezbędnej dla realizacji usług scharakteryzowanych w pkt 3) niniejszego pisma. W ocenie Zamawiającego, wykorzystanie środków ochrony prawnej nastąpiło w sposób instrumentalny

w celu udaremnienia możliwości terminowego udzielenia zamówienia w formule in-house, w sytuacji w której spełnione są wszystkie przesłanki do udzielenia takiego zamówienia. Jest to bowiem kolejne odwołanie opierające się na tych samych zarzutach i wniesione w analogicznym stanie faktycznym. Wniesienie środków ochrony prawnej przez podmioty, które dotychczas jako jedyne ubiegały się o zamówienia udzielane przez Zamawiającego, nakierowane jest wyłącznie na własne korzyści gospodarcze, tj. uzyskanie kontraktu na odbiór odpadów gabarytowych, w tym w okresie, w którym Zamawiający nie może zawrzeć umowy ze względu na obowiązywanie wynikającego z art. 577 ustawy nPzp zakazu lub zawarcie umów z właścicielami nieruchomości w trybie i na zasadach, o których mowa w art. 6s u.c.p.g., tj. w ramach realizacji przez właścicieli nieruchomości obowiązku zawarcia umowy w podmiocie wpisanym do rejestru działalności regulowanej, na koszt gminy. Zamawiający zaznaczył, że zarówno Odwołujący 1 i 2 posiadają stosowny wpis. W związku z związaniem Zamawiającego zakazem z art. 577 ustawy nPzp w chwili obecnej Zamawiający, który jest zobligowany do zapewnienia ciągłości usługi odbioru i transportu odpadów wielkogabarytowych, na podstawie art. 30 ust. 4 ustawy nPzp zawarł umowę z Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Nowy Świat 2A, 62-800 Kalisz, której wartość nie przekracza kwoty stosowania ustawy (130 000 złotych) a jednocześnie 20 % wartości szacunkowej zamówienia. Wynagrodzenie umowne ze względu na brzmienie art. 6f ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2020r. poz. 1439 z późn. zm.) ma charakter tonażowy. W związku z tym, iż Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć jaka będzie rzeczywista masa odpadów wielkogabarytowych do odbioru i transportu, nie jest też możliwe ustalenie kiedy wyczerpie się kwota zawartej umowy, a zarazem kiedy wyczerpią się możliwości Zamawiającego w zakresie zapewnienia ciągłości świadczenia ww. usługi do czasu rozstrzygnięcia sporu przed Izbą. Zablokowanie możliwości zawarcia umowy w ramach postępowania, jawi się zatem jako działanie nakierowane wyłącznie na zaktualizowanie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w warunkach w których aktualna sytuacja rynkowa daje Odwołującym podstawy do przyjęcia, że wykorzystanie środków ochrony prawnej, umożliwi im uzyskanie z tego tytułu nieuzasadnionej korzyści ekonomicznych i zbudowanie w społeczności lokalnej niezadowolenia z decyzji podejmowanych przez organy wykonawcze Miasta Kalisz w zakresie sposobu zapewnienia kluczowych i newralgicznych dla mieszkańców usług użyteczności publicznej. Nie można bowiem pominąć, że niezapewnienie odbioru odpadów komunalnych budzi niezadowolenie społeczne u właścicieli nieruchomości u których zalegają odpady komunalne a tenże czynnik bezpośrednio przekłada się na niezadowolenie z wyboru przez organ wykonawczy formuły zamówienia in-house (który przez to jawi się beneficjentom finalnym jako mniej efektywny, niezapewniający odpowiedniej jakości świadczenia usług, bardziej zawodny), a przez to

oddziaływanie miękkie w celu udzielania zamówień w formule narzucanej Zamawiającemu przez Odwoływających. Takie działanie jawi się jako element szerszej strategii Odwoływającego 1 i 2 zmierzającej do zapewnienia sobie korzystnego statusu quo na rynku gospodarki odpadami komunalnymi Miasta Kalisz, w których są jedynymi podmiotami świadczącymi usługi. Niezadowolenie społeczne, może zostać dodatkowo spotęgowane, w przypadku zaistnienia negatywnych konsekwencji na które wskazywano powyżej w pkt 3), których to prawdopodobieństwo wzrasta wraz z upływem czasu, w którym Zamawiający nie może zawrzeć umowy wieńczącej postępowanie. W celu blokowania możliwości udzielania zamówień in-house w rejonie, w którym prowadzą swoją działalność Odwoływający 1 i 2 instrumentalnie i strategicznie wykorzystują dostępne im środki prawne. Oprócz instrumentalnego blokowania możliwości zawarcia umowy przez Miasto Kalisz, PUK S.A. m.in. złożyło skargę na uchwałę nr XXVIII/ 168/2020 Rady Gminy Ceków Kolonia z dnia 31 sierpnia 2020 r. w sprawie utworzenia spółki „CLM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, której to spółce, wg. zamierzeń jej wspólników, miało zostać udzielone zamówienie in-house.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedstawił skargę z dnia 4 grudnia 2020 r.

Rekapitulując Zamawiający wskazał, że podane powyżej w pkt 1 - 5) okoliczności ukazują, że wniesienie odwołań, przez Odwoływającego 1 i 2 zmierza do instrumentalnego wykorzystania środków odwoławczych przewidzianych w ustawie nPzp wyłącznie w celu zablokowania możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Zamawiającego. W tym stanie rzeczy Zamawiający wnioskuje o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w celu umożliwienia zapewnienia świadczenia usług odbioru odpadów wielkogabarytowych z nieruchomości wielolokalowych, pomimo wniesienia przez Odwoływającego 1 i 2 odwołań wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że do postępowania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019), zwanej dalej „ustawą nPzp”. Stosownie bowiem do art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wynikał z wniesienia przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. z siedzibą w Kaliszu oraz Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu odwołań w dniu 4 stycznia 2021 r. Postępowanie odwoławcze zostało zatem wszczęte po dniu 31 grudnia 2020 r.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 ustawy 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.

Podkreślenia wymaga, że możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy nPzp. Jako wyjątek od ww. zasady nie może być interpretowany rozszerzająco. Jak wynika z przywoływanego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy nPzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia. Z kolei dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy nPzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

W ocenie Izby okoliczności zawarte w pkt. 1 – 5 wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia nie uprawdopodobniają, iż odwołania wniesione przez Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2 miały na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy.

Stanowiska Zamawiającego, jakoby wniesienie odwołania przez Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2 miało na celu wyłącznie uniemożliwienie Zamawiającemu zawarcia umowy, nie potwierdzają okoliczności faktyczne zawarte w pkt. 1 i 2 wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. W ocenie Izby z okoliczności faktycznych przedstawionych przez Zamawiającego w ww. punktach nie można wywieść nic ponadto to na co wskazał sam Zamawiający, tj. że obaj Odwołujący w przeszłości wspólnie ubiegali się o zamówienia publiczne przeprowadzane przez Miasto Kalisz oraz że podmioty te są jednymi podmiotami, które w okresie ostatnich lat ubiegały się o zamówienia publiczne dotyczące gospodarki

odpadami komunalnymi udzielane przez Zamawiającego. Innymi słowy, Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób powyższe okoliczności faktyczne miałyby potwierdzać określony w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy nPzp cel Wykonawców warunkujący uchylenie zakazu zawarcia umowy przez Izbę.

Oceny Izby nie zmieniły okoliczności przywołane w pkt. 3 wniosku z dnia 18 lutego 2021 r. Jakkolwiek zgodzić należy się z Zamawiającym, iż obaj Odwołujący mieli pełną świadomość, iż umowy zawarte 1 października 2020 r., których przedmiotem był m.in. odbiór i transport odpadów wielkogabarytowych z terenu Miasta Kalisza wygasną najpóźniej do 31 grudnia 2020 r., to nie można pominąć, że wiedzę w tym zakresie posiadał również sam Zamawiający. Tym samym Zamawiający, jako podmiot, na którym ciąży obowiązek świadczenia usługi użyteczności publicznej, stanowiących zadanie własne Miasta Kalisza, miał wiedzę, iż usługi objęte przedmiotem niniejszego zamówienia będą wymagały kontynuowania po wygaśnięciu dotychczas obowiązujących umów. Podkreślić należy, iż wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę długość trwania samej procedury, w tym możliwość wystąpienia zdarzeń, które mogą wpłynąć na jej wydłużenie, jak chociażby ustawowe uprawnienie do skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. W przypadku wystąpienia tej ostatniej okoliczności należy liczyć się również z czasem trwania postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Nawet decydując się na udzielenie zamówienia z wolnej ręki Zamawiający winien był uwzględnić prawdopodobieństwo zaskarżenia zastosowania tego trybu w drodze środków ochrony prawnej przez dotychczasowych wykonawców usługi lub innych wykonawców. Tymczasem mimo zbliżającego się terminu wygaśnięcia umów z dnia 1 października 2020 r. (31 grudnia 2020 r.), Zamawiający dopiero 30 grudnia 2020 r. opublikował informację o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Opóźnienia w zawarciu umowy wynikające z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców są okolicznościami, które można było i należało przewidzieć. Nie mogą one same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Izba miała na względzie, że realizacja zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych, ma charakter usługi użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb społeczności lokalnej w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Powyższe jednak *per se* nie przesądza o ziszczeniu się przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy, o której mowa w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy nPzp, a na którą powołał się Zamawiający. Dalej wskazać należy, iż argumentacja Zamawiającego o możliwych zagrożeniach sanitarnych, epidemiologicznych, bakteriologicznych nie została poparta żadnymi konkretnymi danymi obrazującymi rozmiar i skalę potencjalnych zagrożeń. Zamawiający nie wykazał również, że

dolożył należytej staranności wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym, aby uniknąć potencjalnych zagrożeń sanitarno – epidemiologicznych, czy też finansowych, na które powoływał się we wniosku z dnia 18 lutego 2021 r.

Okoliczności zawarte w pkt. 4 wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy mają zdaniem Izby irrelevantne znaczenie w kontekście przesłanki zawartej w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy nPzp. Izba wskazuje, że rozpoznając wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu. Tym samym argumentacja Zamawiającego uzasadniająca, w jego ocenie, brak podstaw do uwzględniania odwołań wniesionych przez obu Odwołujących z uwagi na to, iż wyrokiem z dnia 27 stycznia 2021 r. sygn. akt: KIO 3399/20 Izba oddaliła odwołanie wniesione przez Odwołującego 1 dotyczące innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest irrelevantna dla oceny zasadności wniosku Zamawiającego. Nie budzi wątpliwości Izby okoliczność, iż w sprawach zainicjowanych odwołaniami wniesionymi w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zarzuty dotyczą tej samej czynności Zamawiającego, co w sprawie o sygn. akt: KIO 3399/20. W obu przypadkach odwołania zostały wniesione na wybrany przez Zamawiającego tryb udzielenia zamówienia. Podkreślić jednak należy, iż ocena zasadności postawionych zarzutów nie jest dokonywana na etapie oceny wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Za nieprzekonującą Izba uznała argumentację Zamawiającego zawartą w pkt. 5 wniosku. Izba w działaniach Odwołujących nie dopatrzyła się, jak twierdził Zamawiający, instrumentalnego wykorzystania środków ochrony prawnej w celu udaremnienia możliwości terminowego udzielenia zamówienia w formule in-house. Dostrzec należy, że wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający złożył do Izby w dniu 22 lutego 2021 r., podczas gdy odwołania w niniejszej sprawie wniesiono 4 stycznia 2021 r. Co więcej, Zamawiający w informacji o zamiarze zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia nie podał konkretnej daty zawarcia umowy, co też nie potwierdza przypuszczanego przez Zamawiającego celu obu Odwołujących sprowadzającego się do „udaremnienia możliwości terminowego udzielenia zamówienia w formule in-house”. Zamawiający nie złożył wraz z wnioskiem z dnia 18 lutego 2021 r. umowy zawartej w Przedsiębiorstwie Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. zawartej w trybie art. 30 ust. 4 ustawy nPzp, przez co twierdzenia Zamawiającego dotyczące sposobu świadczenia usług objętych zamówieniem, w szczególności w kontekście terminu realizacji zadania publicznego oraz częstotliwości odbioru odpadów przekładające się na wyczerpanie przewidzianego tonażu, były nieweryfikowalne.

Kolejno Izba wskazuje, iż należyte, tj. z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia minimalizuje po stronie Zamawiającego ryzyko ewentualnego niezadowolenia społecznego po stronie właścicieli nieruchomości, u których zalegają odpady komunalne, co z kolei przekłada się – jak twierdził Zamawiający – na niezadowolenie z wyboru przez organ wykonawczy formuły zamówienia in – house (który przez to jawi się beneficjentom finalnym jako mniej efektywny, niezapewniający odpowiedniej jakości świadczenia usług, bardziej zawodny).

W końcu Izba stwierdza, iż bez znaczenia dla niniejszej sprawy należało uznać wniesioną przez Odwołującego 1 skargę na uchwałę Nr XXVIII/168/2020 Rady Gminy Ceków Kolonia z dnia 31 sierpnia 2020 r. w sprawie utworzenia spółki „CLM” Sp. z o.o., której to spółce, według zamierzeń wspólników, miało zostać udzielone zamówienie in - house. Podkreślić należy, iż ocena ziszczenia się przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy w okolicznościach wskazanych w art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy nPzp, dokonywana jest przez pryzmat działań wykonawców podejmowanych w konkretnym postępowaniu odwoławczym dotyczącym danego postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym czynności podejmowane przez Odwołującego 1 w rejonie, w którym odwołujący się Wykonawca prowadzi działalność gospodarczą, zmierzające do wzruszenia decyzji innych organów niż Zamawiający, który przedmiotowy wniosek złożył, pozostają obojętne dla oceny niniejszego wniosku. Zdaniem Izby nie sposób działań Odwołującego 1 kwestionujących decyzje innych zamawiających, czy też jego właściwych organów, wpisywać w szeroką politykę instrumentalnego wykorzystywania przez Wykonawcę środków ochrony prawnej, celem blokowania możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Miasto Kalisz.

Konkludując powyższe, w ocenie Izby, przedstawione przez Zamawiającego okoliczności zawarte w punktach 1 – 5 uzasadnienia wniosku z dnia 18 lutego 2021 r., nie uprawdopodobniają, iż odwołania wniesione w przedmiotowej sprawie miały na celu wyłącznie uniemożliwienie zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy nPzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....