Sygn. akt KIO 591/19

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Małgorzata Matecka, Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2019 r. przez odwołującego - **EKO - SYSTEM BIS sp. z o. o. sp. k. ul. (Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: **Gmina Konopiska (ul. Lipowa 5, 42-274 Konopiska)**,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - **EKO - SYSTEM BIS sp. z o. o. sp. k. ul. (Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska)** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego - **Gmina Konopiska (ul. Lipowa 5, 42-274 Konopiska)** kwotę 182 zł 88 gr (słownie: sto osiemdziesiąt dwa złote osiemdziesiąt osiem groszy) tytułem dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę;
3.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego -**EKO - SYSTEM BIS sp. z o. o. sp. k. ul. (Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska**) kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania ponad kwotę wymaganą przepisami.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Częstochowie.**

……
……
……

Sygn. akt KIO 591/19

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego - Gmina Konopiska. Zamawiający, zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy - EKO - SYSTEM BIS sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Konopiskach zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia, pomimo braku spełnienia ustawowych przesłanek dla zastosowania takiego trybu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie Gminy Konopiska" numer referencyjny: GR.271.2.2019. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 62 ust. 1 pkt 4) Pzp z uwagi na nieuzasadniony wybór niekonkurencyjnego trybu postępowania jakim jest tryb negocjacji bez ogłoszenia ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, pomimo braku spełnienia ustawowych przesłanek dla zastosowania takiego trybu;

2) art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na brak spójności w treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym wyłącznie w Dzienniku Urzędowym UE, a treścią zaproszenia do negocjacji czy też treści SIWZ, co spowodowało naruszenie zasady przejrzystości postępowania, i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wszystkich czynności podjętych w postępowaniu do dnia rozpoznania niniejszego odwołania oraz unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp. Natomiast, z ostrożności procesowej, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została przez Zamawiającego zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania, przed rozpoznaniem niniejszego odwołania, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a) p.z.p., Odwołujący wnosi o unieważnienie umowy zawartej przez Zamawiającego z przyczyn, o których mowa w art. 146 ust. 1 pkt 1) Pzp (zastosowanie przez Zamawiającego trybu negocjacji bez ogłoszenia z naruszeniem przepisów Pzp.).

Odwołujący podał, że dowiedział się o prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu dnia 29.03.2019 roku, gdyż w dniu tym na stronach internetowych Zamawiającego pojawiła się informacja o przetargu na „Świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie Gminy Konopiska Zamawiający tym samym nie podał żadnych informacji o trybie

postępowania, jego wartości i nie zamieścił żadnych załączników. Weryfikując TED. Zamawiający także dnia 28.03.2019 r. umieścił ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 062-144057. Wpis od odwołania w wysokości 7 500,00 zł. został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych (potwierdzenie w załączeniu).
Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 Pzp. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wskazuję, iż nie uwzględnienie odwołania doprowadzi do braku możliwości złożenia przez Odwołującego konkurencyjnej oferty i tym samym zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Gdyby nie sprzeczny z prawem wybór procedury negocjacji bez ogłoszenia Odwołujący mógłby złożyć konkurencyjną ofertę, uzyskać zamówienie, a następnie należycie je realizować. Odwołująca spółka oświadcza, iż posiada wszelkie, wymagane prawem zezwolenia, pozwolenia (w tym wpis do RDR w Gminie Konopiska) jak również posiada wieloletnie doświadczenie w świadczeniu tożsamych usług i stale je świadczy w gminach znajdujących się w tym samym powiecie co Zamawiający. Poza tym mając siedzibę w gminie Zamawiającej jest w stanie przedłożyć ofertę konkurencyjną z uwagi na ograniczenie ponoszonych w toku świadczenia usługi kosztów transportu.
W uzasadnieniu zarzutów podał:
Zamawiający jako członek grupy Zamawiających w dniu 04 stycznia 2019 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 003-003418 opublikował ogłoszenie o zamówieniu. SIWZ został opublikowany na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 04 stycznia 2019 r. Przedmiotem opisanego zamówienia było „ Świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie 6 (sześciu) Gmin w Województwie Śląskim ”, numer referencyjny: RGK.GK.271.1.2018. Postępowanie to dnia 18 marca 2019 r. na mocy art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zostało unieważnione. Zamawiający dnia 29 marca 2019 r. na stronach internetowych zamieścił informację o przetargu na „Świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie Gminy Konopiska Zamawiający tym samym nie podał żadnych informacji m.in. o trybie postępowania, jego wartości, nie zamieścił żadnych załączników. Weryfikując TED - Odwołujący ustalił, iż dnia 28 marca 2019 roku Zamawiający umieścił ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 062-144057. W treści cytowanego ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, iż wszczęta przez niego procedura to procedura konkurencyjna z negocjacjami. Równocześnie jako szacunkową wartość zamówienia podał w pkt II. 1.5) oraz II.2.6): wartość bez VAT: 315 571.16 EUR, a zatem kwotę powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. W dniu zamieszczenia informacji o przetargu tj. 29 marca 2019 roku na stronach internetowych Zamawiającego, powołując się na numer referencyjny GR.271.2.2019 dodano informację dotyczącą postępowania przetargowego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na zadanie pn. „Świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie Gminy Konopiska” treścią której w pkt 1 wskazano, iż Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 820 000,00 zł brutto. W pkt 2 podano jakie oferty zostały złożone. Były to oferty spółki PBI sp. j. z siedzibą w Częstochowie, PZOM S. sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Konopiskach, Zakładu Oczyszczania Miasta Z. S. z siedzibą w Konopiskach, firmy Wywóz Nieczystości, oraz Przewóz Ładunków W. S. z siedzibą w Częstochowie oraz spółki SUEZ Południe sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie. Pkt 3 informacji opisywał jakie ceny zawarto w ofertach, terminy wykonania zamówienia oraz warunki płatności. W wyniku udostępnienia Odwołującemu dnia 01 kwietnia 2019 roku przez Zamawiającego informacji publicznej w postaci treści zaproszenia do negocjacji, treści SIWZ i wzoru umowy Odwołujący ustalił, iż treścią zaproszenia do negocjacji Zamawiający powołał się na tryb opisany w art. 62 ust. 1 pkt 4) p.z.p., a także wskazał, iż szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Termin wykonania zamówienia został opisany przez Zamawiającego od 01.04.2019 r. do 30.09.2019 r. Posługując się odwróconą chronologią stanu faktycznego wskazać należy, iż Zamawiający do dnia 31 marca 2019 roku związany był umową Nr 325/2018 z dnia 10 grudnia 2018 roku, której przedmiotem było „Świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie Gminy Konopiska” Przedmiotowa umowa zawarta została w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Procedura zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki została wybrana z uwagi na fakt wygaśnięcia umowy Nr 223/2015 z dnia 29 grudnia 2015 r. na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych odbieranych z terenu Gminy Konopiska oraz próbę wyłonienia nowego wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego zakończonego unieważnieniem postępowania. Zamawiający posługiwał się wówczas następującym uzasadnieniem faktycznym: „Ze względu na unieważnienie postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego (niewynikających z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego) oraz braku czasu na przeprowadzenie kolejnego przetargu nieograniczonego - Zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia z wolnej ręki na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów - na okres do zakończenia postępowania przetargowego w

trybie konkurencyjnym. Zaproszony do negocjacji został Wykonawca obecnie świadczący usługę wywozu odpadów co nie powoduje reorganizacji harmonogramu usług oraz usprawni świadczenie usługi. Zamawiający podkreśla, że przedmiotowe zamówienie ma charakter trwały, stały i nieprzerwany. Odpady muszą być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzały zagrożenia epidemiologicznego. Wobec powyższego, udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej umowy, jest stosowne. ” oraz następującym uzasadnieniem prawnym: art. 61 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki 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. Wskazać jedynie należy, że Umowa z dnia 29 grudnia 2015 r. Nr 223/2015 wygasała dnia 29 grudnia 2018 roku. Zamawiający ogłosił tym samym nowe postępowanie dnia 09 listopada 2018 roku, które zakończyło się dnia 17 grudnia 2018 roku w wyniku unieważnienia postępowania. Mając na uwadze powyższy stan faktyczny dotyczący świadczenia na terenie Gminy Konopiska usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, chronologię zdarzeń, można przedstawić następująco:

1. Umowa z dnia 29 grudnia 2015 r. Nr 223/2015 zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego wygasa dnia 29 grudnia 2018 r.
2. 9 listopada 2018 r. Zamawiający ogłasza nowe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, które kończy się dnia 17 grudnia 2018 r. unieważnieniem postępowania.
3. 10 grudnia 2018 roku Zamawiający zawiera umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki, która wygasa dnia 31 marca 2019 r.
4. 04 stycznia 2019 r. Zamawiający ogłasza nowe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, które kończy się dnia 18 marca 2019 roku unieważnieniem postępowania.
5. 28 marca 2019 r. Zamawiający umieścił ogłoszenie o zamówieniu w Dz. Urz. UE pod numerem 2019/S 062-144057, które informuje o procedurze konkurencyjnej z negocjacjami i szacunkową wartością powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.
6. 29 marca 2019 r. Zamawiający informuje na swych stronach internetowych o postępowaniu przetargowym w trybie negocjacji bez ogłoszenia na które Zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę 820 000,00 zł brutto.

Przechodząc do omawiania okoliczności prawnych, Odwołujący wskazuje, iż wybranie przez Zamawiającego procedury negocjacji bez ogłoszenia stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 62 ust. 1 pkt 4) Pzp. Zamawiający wskazuje jako uzasadnienie faktyczne swego wyboru brak czasu na przeprowadzenie kolejnego przetargu nieograniczonego i podnosi, iż odpady muszą być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzały zagrożenia epidemiologicznego. Należy jednakże pamiętać, iż zgodnie z treścią art. 62 ust. 1 pkt 4) p.z.p. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Tak więc dla spełnienia tej przesłanki konieczne jest kumulatywne zaistnienie następujących okoliczności; pilna potrzeba udzielenia zamówienia publicznego, przyczyna pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie leży po stronie zamawiającego; nie można było przewidzieć konieczności udzielenia zamówienia, nie można zachować terminów określonych dla trybów podstawowych lub negocjacji z ogłoszeniem. Aby możliwym było zastosowanie art. 62 ust. 1 pkt 4) p.z.p. musi wystąpić pilna potrzeba udzielenia zamówienia, przez która należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. "Do takich interesów zalicza się w piśmiennictwie ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska" (G. Wicik, Prawo zamówień publicznych Komentarz, Warszawa 2007, s, 362). Skoro więc, jak wskazał Zamawiający, zachodzi potrzeba zapewnienia ciągłości odbioru odpadów, istnieje ryzyko zaistnienia negatywnych dla ochrony środowiska czy też zdrowia ludzi okoliczności. Jednakże pilność potrzeby udzielenia zamówienia musi być konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. (sygn. akt KIO 88/11). Sytuacja, w której wymagane jest pilne wykonanie zamówienia powinna być nieprzewidywalna, a to oznacza iż ma to być zdarzenie, które w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne do przewidzenia. Przewidywalność ta powinna być jednak postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zaistniała sytuacja nie może więc wynikać z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a tym samym nie może być spowodowana opieszałością w udzieleniu zamówienia. Przewidywalne będą więc tylko te okoliczności, które mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością Zamawiającego i na których wystąpienie powinien on być przygotowany. Niewątpliwie powinien on być przygotowany na ewentualne przedłużenie procedury przetargowej, w tym także na możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro bowiem w literaturze dopuszcza się jako okoliczność, którą można było przewidzieć okoliczność, iż wykonawcy korzystają z przysługujących im środków ochrony prawnej, powodując tym samym przedłużenie postępowania, to taką sytuację tym bardziej może być przedłużająca się procedura przetargowa. Jest to bowiem okoliczność (przedłużające się postępowanie), która rzeczywiście występuje. Tak

więc można ją przewidzieć. (sygn. akt KIO 88/11). Dla zaistnienia kolejnej okoliczności, tj. tego, iż przyczyna pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie leży po stronie zamawiającego koniecznym jest ustalenie czy przyczyna tej pilnej potrzeby nie powstała z przyczyn zależnych od Zamawiającego. Ta zależność od Zamawiającego powinna mieć charakter zobiektywizowany. Natomiast bez znaczenia jest kwestia zawinienia Zamawiającego. Powstanie okoliczności zależnych od Zamawiającego winno bowiem nastąpić mimo, że Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie z należytą starannością. Pilność udzielenia zamówienia nie może być wynikiem okoliczności, które leżą po stronie zamawiającego - jeżeli zamawiający znalazł się w trudnej sytuacji na skutek własnych błędów lub zaniechań, to nie może liczyć na ułatwienia związane ze stosowaniem negocjacji bez ogłoszenia. Co więcej, zamawiający powinien wykazać, że nie mógł, działając z należytą starannością przewidzieć wystąpienia okoliczności, które teraz zmuszają go do działania w warunkach szczególnej presji czasowej. Jeżeli zatem Zamawiający „zaspał" i zbyt późno rozpoczął procedurę konkurencyjną, to nie może wykazać, że „zasługuje" na możliwość udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym istotnie przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, które wszczął w 4 stycznia 2019 r. Postępowanie to zostało unieważnione 18 marca 2019 r. Okoliczność tę można było jednakże przewidzieć, gdyż w poprzednim postępowaniu wszczętym w dniu 9 listopada 2018 roku i unieważnionym 17 grudnia 2018 r. Zamawiający zawarł 10 grudnia 2018 r. umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający zatem, już po dniu 17 grudnia 2018 r. podjąć powinien działania mające na celu wyłonienie wykonawcy w trybie konkurencyjnym, a nie oczekiwać do 4 stycznia 2019 roku, gdyż przewidzieć należało, iż Wykonawcy mogą skorzystać z procedury odwoławczej, a także przewidzieć należało, iż postępowanie może zostać unieważnione. Nie można zatem zgodzić się z Zamawiającym, że istniała obiektywna niemożność zachowania terminów, gdyż dla przetargu ograniczonego oraz dla negocjacji z ogłoszeniem ustawa przewiduje, w przypadkach pilnej potrzeby udzielenia zamówienia - a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym istotnie zachodziła - na ustalenie znacznie krótszych terminów niż w normalnej procedurze (art. 49 ust. 3, art. 52 ust. 4 i art. 56 ust. 2 Pzp). Możliwym było więc wszczęcie postępowania w innej, ale konkurencyjnej procedurze. W ocenie Odwołującego nie zachodzą wszystkie z enumeratywnie wymienionych przesłanek przeprowadzenia postępowania o zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Wskazał, że wytyczne UZP traktują możliwość zastosowania negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4) Pzp bardzo rygorystycznie i wskazują, iż zamawiający nie ma podstaw do zastosowania przedmiotowej przesłanki również w sytuacji wystąpienia klęsk np. w postaci pożarów, powodzi lub lawin, jeżeli dane zjawiska są charakterystyczne i powtarzalne w danym rejonie geograficznym. Wykonawca podniósł, że treścią niniejszego odwołania Odwołujący zwraca uwagę jeszcze na jedną ważną okoliczność. Jeśli zaistniałyby okoliczności uzasadniające wybór postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, co oczywiście Odwołujący konsekwentnie kwestionuje, publikacja ogłoszenia o zamówieniu nie byłaby wymagana. Cechą charakterystyczną trybów niekonkurencyjnych jest bowiem to, iż to jedynie zamawiający ma wpływ na krąg podmiotów, które będą brały udział w postępowaniu. Oznacza to, iż zamawiający nie ma obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a dany wykonawca informowany jest o wszczęciu postępowania poprzez skierowanie do niego indywidualnego zaproszenia do złożenia oferty cenowej lub zaproszenia do wzięcia udziału w negocjacjach. W stanie faktycznym Zamawiający dokonał jednakże dnia 28 marca 2019 roku publikacji ogłoszenia i umieścił ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 062-144057. W treści cytowanego ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, iż wszczęta przez niego procedura to procedura konkurencyjna z negocjacjami. Równocześnie jako szacunkową wartość zamówienia podał w pkt II. 1.5) oraz II.2.6): wartość bez VAT: 315 571.16 EUR, a zatem kwotę powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Można byłoby przypuszczać, że to kompletnie inne zamówienie, po pierwsze dlatego, że wartość zamówienia przewyższała tzw. próg unijny, po drugie przewidzianym trybem był tryb konkurencyjny z negocjacjami, a zatem negocjacje z ogłoszeniem, jednakże termin składania ofert okazał się tożsamy i wyznaczony został przez Zamawiającego na 29 marca 2019 roku na godzinę 9:00. Ewidentnie zatem Zamawiający wprowadził potencjalnych wykonawców w błąd dokonując opisanej powyżej publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zdaniem wykonawcy, nie można zapominać, iż podstawowym warunkiem umożliwiającym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu jest uzyskanie przez nich wiedzy o takiej możliwości. Właściwe ogłoszenie postępowania ma zasadnicze znaczenie dla liczby potencjalnych wykonawców, którzy mogą złożyć w nim ofertę. Ogłoszenie zamówienia jak też wszelkie zmiany w ogłoszeniu stanowią istotne elementy dla realizacji głównych funkcji zamówień publicznych, tj. zapewnienia dokonania oszczędnego i efektywnego wydatku - im większa liczba potencjalnych wykonawców, tym większe prawdopodobieństwo uzyskania korzystniejszej oferty, oraz zapewnienia zachowania zasady uczciwej konkurencji - poprzez to, że wszyscy wykonawcy są informowani o możliwości złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w tym samym zakresie, a informacja ta jest dla nich dostępna na tych samych zasadach. W prawie zamówień publicznych obowiązuje zasada tożsamości informacji przekazywanych wykonawcom i dotyczy ona przede wszystkim ogłoszeń zamieszczanych w różnych miejscach. Treść ogłoszeń i wszelkich innych dokumentów nie może być różna, gdyż mogłoby to wprowadzić wykonawców w błąd, a w okolicznościach faktycznych mamy właśnie do czynienia z taka sytuacją. Stanowi to zatem rażące naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp uderzające w przejrzystość i konkurencyjność zamówień publicznych. Zdziwienie winien budzić równie fakt, iż Zamawiający w treści SIWZ, którą przekazał wraz z zaproszeniem do składnia ofert nie stawiał Wykonawcom żadnych

wymagań, co choćby w zakresie potencjału technicznego, czy posiadanego doświadczenia co w tożsamych postępowaniach jest powszechnie stosowaną praktyką, a wręcz normą. Można się zatem zastanowić czy może to Zamawiającemu szczególnie zależało na udziale w postępowaniu spółki PBI sp. j. z siedzibą w Częstochowie, którą zaprosił do negocjacji - spółki, która nie prowadzi działalności w zakresie będącym przedmiotem wszczętego postępowania. Stosując tryb negocjacji bez ogłoszenia po myśli art. 63 ust. 1 Pzp. Zamawiający przekazuje zaproszenie do negocjacji wybranym przez siebie wykonawcom. Zanim zatem przedmiotowe zaproszenie zostało skierowane do któregokolwiek z wykonawców, Zamawiający winien ustalić czy wytypowany wykonawca posiada doświadczenie w realizacji podobnych usług dając rękojmie należytego wykonania zamówienia publicznego. Tymczasem na stronach internetowych spółki PBI sp. j. znajduje się oferta w zakresie: transport i utylizacja gruzu wkontenerach – gruzownikach (…); transport i utylizacja odpadów poremontowych (….); wynajem i obsługa toalet przenośnych; transport i utylizacja odpadów medycznych, weterynaryjnych, leków; odbiór i utylizacja padłych zwierząt; transport i utylizacja odpadów poprodukcyjnych i problematycznych; transport i utylizacja odpadów niebezpiecznych; odbiór i utylizacja odpadów gastronomicznych, 'przeterminowanej żywności; utylizacja odpadów wielkogabarytowych, opróżnianie mieszkań, strychów, eksmisje; obsługa imprez plenerowych; sprzątanie obiektów i terenów zielonych; pielęgnacja terenów zielonych; odśnieżanie, koszenie, czyszczenie hydrodynamiczne. (informacja pobrana ze strony internetowej spółki PBI sp. j. (…) Nie ma zatem w niej słowa o świadczonych usługach odbioru i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych. Okoliczność zatem zaproszenia przez Zamawiającego owej spółki do negocjacji i tym samym do złożenia oferty jest przynajmniej zastanawiająca.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania ioświadczył, że w związku z odwołaniem nie zawarł umowy z wykonawcą wyłonionym w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

W pierwszej kolejności Zamawiający zakwestionował istnienie po stronie Odwołującego interesu prawnego w uzyskan zamówienia publicznego. Odwołujący to „spółka córka" uczestniczącej w postepowaniu firmy PZOM S. spółka ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa. Te dwie spółki jako powiązane kapitałowo nie mogły jednocześni uczestniczyć w postepowaniu. Podkreślił, że Odwołujący EKO - SYSTEM BIS SP. Z o.o. Sp. K. nigdy dotychczas realizowała na rzecz. Gminy Konopiska usługi odbierania odpadów komunalnych i ich zagospodarowania ani też ni składała oferty w ogłaszanych przetargach nieograniczonych. Takie oferty składała firma PZOM S. Sp. z o.o. Sp. K. i ta t firma realizowała w/w usługę od 2013 r.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp podał, że prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trybie negocjacji bez ogłoszenia Zamawiający rzeczywiście dokonał zbędnej czynności Ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jednakże czynność ta nie może być traktowana jako wada prowadzonego postepowania o udzielenie zamówienia publicznego w drodze ogłoszenia. Stwierdził, że jego zdaniem nie można zgodzić się, że powyższa czynność wprowadziła w błąd wykonawców bowiem podano, że przewidywana liczba kandydatów to „6", co jednoznacznie wskazuje na niekonkurencyjny tryb negocjacji.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 w związku z art. 64 ust.1 pkt 4 Pzp stwierdził, że jego zdaniem w sytuacji gdy dwa poprzednio przeprowadzone przetargi nieograniczone na świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości. na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie Gminy Konopiska nie doprowadziły do wyłonienia wykonawcy po stronie Zamawiającego zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i nie można było zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego. Zamawiający miał prawo zastosować tryb udzielenia zamówienia określony w art. 62 ust. pkt. 4 ustawy Pzp. Ostatni przetarg nieograniczony został unieważniony w dniu 18 marca 2019 r, a umowa na odbiór i zagospodarowanie odpadów z wolnej ręki (zawarta po I unieważnionym postępowaniu) kończyła się 31 marca 2019 r. Pierwszy przetarg nieograniczony został unieważniony z powodu wycofania pełnomocnictwa przez uczestników Gmin Liderowi postępowania. W drugim unieważnionym przetargu nieograniczonym najkorzystniejszą ofertę złożyła firma PZOM S. Sp. z o.o. Sp. K., jednakże pomimo wezwań do uzupełnień nie dostarczyła ona dokumentów co skutkowało odrzucenie tej oferty jednocześnie uniemożliwiając gminom wyłonienie Wykonawcy i podpisanie urnowy, ponieważ następna oferta przewyższała dwukrotnie kwoty zabezpieczone w budżetach gmin. Niewątpliwie Zamawiający nie mógł się spodziewać. że złożone oferty w przetargu nieograniczonym będą tak drastycznie się różnić. uniemożliwiając zawarcie umowy. Stosując tryb negocjacji bez ogłoszenia Zamawiający zapewnił minimum konkurencyjności między Wykonawcami. Zaprosił do złożenia oferty 6 podmiotów działających na rynku. Przy wyborze trybu negocjacji bez ogłoszenia kierował się zabezpieczeniem interesu publicznego jakim jest ciągłość wykonywania usługi odbioru odpadów od mieszkańców gminy na okres potrzebny do ogłoszenia przez gminę przetargu nieograniczonego, uwzględniając okres na odwołanie. Tryb wybrany przez Zamawiającego miał na celu wyłonienie wykonawcy, który złoży najkorzystniejszą ofertę na ten okres biorąc pod uwagę wzrost cen na rynku jakie zostały zaproponowane w II unieważnionym przetargu. Stwierdził ponadto, że nieuzasadnione są zarzuty Odwołującego, że zwlekał z uruchomieniem procedur przetargowych. Zamawiający działał ramach porozumienia z 6 innymi gminami i nie był jedynym decydentem w sprawie. Po unieważnionym w dniu 8 października 2018 r. przetargu pozostali uczestnicy 6 gmin spotykali się wielokrotnie aby zarówno wybrać kolejnego lidera grupy zakupowej, zawrzeć stosowne porozumienie i szczegóły kolejnego postępowania

przetargowego. Natomiast w końcowych dniach grudnia 2018 r. zapadła ostateczna decyzja o ogłoszeniu kolejnego przetargu nieograniczonego, co nastąpiło 4 stycznia 2019 r. W okresie od momentu unieważnienia postepowania do ogłoszenia kolejnego przetargu nie było żadnych działań ze strony Zamawiającego odwlekających procedury przetargowe.

Rozpoznając zarzuty odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. Wartość tego zamówienia, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie Gminy Konopiska" - zgodnie z punktem 2.4 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia została określona na kwotę 745.648,15 zł, co stanowi równowartość 172.936 euro, a zatem jest to wartość, która nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Przedmiotem tego zamówienia jest usługa i stosownie do § 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z 2017 r. poz. 2479) kwota (dla dostaw lub usług), o której mowa powyżej to 221 000 euro.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, co do braku interesu we wniesieniu odwołania przez EKO - SYSTEM BIS sp. z o. o. sp. kz siedzibą w Konopiskach wymaganego art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Wskazywany fakt powiązań kapitałowych spółki Odwołującej i spółki PZOM S. Sp. z o.o. Sp. K. z Konopisknie powodował, że wnosząca odwołanie spółka EKO - SYSTEM BIS sp. z o. o. sp. kz siedzibą w Konopiskach nie mogła uczestniczyć w tym postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na zaproszenie do negocjacji skierowane do spółki powiązanej PZOM S. Sp. z o.o. Sp. K. z Konopisk i złożonej przez tego wykonawcy oferty. Stosownie do postanowień art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp w odniesieniu do wykonawców, należących do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2018 r. , , i), obowiązek wykluczenia z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powstaje wówczas, gdy wykonawcy nie będą w stanie wykazać, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pierwszy z zarzutów dotyczący naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp Izba uznała za niezasadny.

Stosownie do postanowień art. 62 ust.1 pkt 4 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli: „4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem".

Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu postępowania w przypadku przedmiotowego zamówienia podał (pkt 4.4. Protokołu) - Powody zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia: „Z uwagi na fakt wygaśnięcia umowy Nr 325/2018 z dnia 10 grudnia 2018 r. na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych odbieranych z terenu Gminy Konopiska oraz próbę wyłonienia nowego wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego zakończonego unieważnieniem postępowania - Zamawiający zamierza udzielić zamówienia zgodnie z przepisami ustawy (…) Prawo zamówień publicznych (….) w trybie negocjacji bez ogłoszenia w oparciu o art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ze względu na unieważnienie postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego (niewynikających z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego) oraz braku czasu na przeprowadzenie kolejnego przetargu nieograniczonego - Zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów - na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym. Zamawiający podkreśla, że przedmiotowe zamówienie ma charakter trwały, stały i nieprzerwany. Odpady muszą być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzały zagrożenia epidemiologicznego. Wobec powyższego, udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej umowy, jest stosowne".

Do tego postępowania zostało zaproszonych sześciu wykonawców. Okoliczność braku zaproszenia Odwołującego nie była przez wykonawcę podnoszona w odwołaniu. Wykonawca w odwołaniu kwestionując zastosowany tryb wskazywał wyłącznie na zaniedbania po stronie Zamawiającego, które jego zdaniem nie pozwalają w konsekwencji na skuteczne powoływanie się na „pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego". Wykonawca ten wskazywał na kluczowe jego zdaniem zdarzenia i daty, a mianowicie, że: umowa z dnia 29 grudnia 2015 r. Nr 223/2015 wygasała dnia 29 grudnia 2018 r. a ten Zamawiający ogłosił postępowanie dnia 09 listopada 2018 r., które zakończyło się dnia 17 grudnia 2018 r. w wyniku unieważnienia postępowania oraz, że dnia 10 grudnia 2018 r. Zamawiający zawarł umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki, która wygasła dnia 31 marca 2019 r. oraz, że dnia 4 stycznia 2019 r. Zamawiający ogłasza nowe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, które zakończyło się dnia 18 marca 2019 r. także unieważnieniem postępowania.

Tak jak ustaliła Izba w toku rozprawy dla tego przedmiotu zamówienia zawarte zostało Porozumienie siedmiu Gmin w Województwie Śląskim dla zawarcia umowy ramowej na zadanie pn. „Świadczenie usługi odbierania odpadów

komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie 7 (sześciu) Gmin w Województwie Śląskim". Pierwszy z przeprowadzonych przetargów został decyzją z dnia 8 października 2018 r. unieważniony na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W dniu 7 listopada 2018 r. Gminy oświadczyły o rozwiązaniu Porozumienia z dnia 16 października 2018 r. w związku z wypowiedzeniem współpracy przez uczestnika – Gminę Koszęcin dotychczasowego lidera. Ta Gmina ogłosiła w dniu 9 listopada 2018 r. samodzielnie postępowanie na własne potrzeby, które zostało w konsekwencji unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem składający ofertę jeden wykonawca (Odwołujący) nie przedłożył pomimo wezwania dokumentów i został z tego powodu wykluczony z postępowania. Z kolei sześć pozostałych Gmin, w tym Gmina Konopiska przystąpiła do nowego przetargu, którego dotyczy ogłoszenie z dnia 4 stycznia 2019 r. Ten przetarg został także w dniu 18 marca 2019 r. unieważniony z uwagi na to, że wezwany wykonawca, (w tym przypadku PZOM S. Sp. z o.o. Sp. K. z Konopisk powiązana osobowo z Odwołującym), pomimo wezwań do złożenia a następnie uzupełnienia dokumentów nie dostarczył wymaganych dokumentów, co skutkowało odrzuceniem tej oferty jednocześnie uniemożliwiając Gminom wyłonienie wykonawcy i podpisanie urnowy, ponieważ następna oferta przewyższała dwukrotnie kwoty zabezpieczone w budżetach gmin. Niewątpliwie ten Zamawiający nie mógł się spodziewać. że składając ofertę w postępowaniu wykonawca nie przedłoży wymaganych dokumentów oraz, że złożone oferty w przetargu nieograniczonym będą tak drastycznie się różnić, uniemożliwiając w konsekwencji zawarcie umowy. Unieważnienie przetargu w dniu 18 marca 2019 r. i zakończenie czasu obowiązywania umowy z dniem 31 marca 2019 r. powodowało, że ten Zamawiający był zmuszony podjąć decyzję o zastosowaniu dla udzielenia tego zamówienia innego trybu niż przetargowy na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów - na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym, które to odpady niewątpliwie muszą być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzały zagrożenia epidemiologicznego. Z okoliczności sprawy nie wynika, że mamy do czynienia ze zwłoką z uruchomieniem procedur przetargowych. W tym przypadku Zamawiający działał w ramach porozumienia pierwotnie z siedmioma (7), a następnie sześcioma (6) innymi gminami i nie był jedynym decydentem w sprawie. Tak jak wskazywał uczestnicy tego Porozumienia spotykali się wielokrotnie aby zarówno wybrać kolejnego lidera grupy zakupowej, zawrzeć stosowne porozumienie i szczegóły kolejnego postępowania przetargowego. W konsekwencji w końcowych dniach grudnia 2018 r. zapadła ostateczna decyzja o ogłoszeniu kolejnego przetargu nieograniczonego, i którego ogłoszenie nastąpiło 4 stycznia 2019 r. W okresie od momentu unieważnienia postepowania do ogłoszenia kolejnego przetargu Odwołujący nie wskazał na żadne działania ze strony Gminy Konopiska odwlekające procedury przetargowe, to skutkiem działań uczestnika przetarg ogłoszony 4 stycznia 2019 r. na rzecz 6 Gmin, w tym Gminy Konopiska, nie został z sukcesem zakończony.

Odnośnie drugiego z zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp - brak spójności w treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym wyłącznie w Dzienniku Urzędowym UE, a treścią zaproszenia do negocjacji czy też treści SIWZ – Izba zgodziła się, że prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trybie negocjacji bez ogłoszenia Zamawiający dokonał zbędnej czynności zamieszczając Ogłoszenie o zamówieniu w Dz. Urz. UE, wskazując wadliwie na tryb konkurencyjny z negocjacjami oraz na wartość tego zamówienia 315.571,16 euro. Jednakże czynność ta w stanie faktycznym sprawy nie może być traktowana jako wada prowadzonego postepowania o udzielenie zamówienia publicznego w drodze negocjacji bez ogłoszenia wprowadzająca w błąd wykonawców, uniemożliwiająca im złożenie oferty, co miałoby skutkować naruszeniem zasady przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji. Tym samym wskazywane naruszenie w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp jako nie mające wpływu na wynik postępowania także nie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Izba jednocześnie stwierdza, że w przypadku tego odwołania kwota wpisu (z uwagi na ustalenie, że odwołanie wniesione zostało w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie ustawy Pzp stosownie do postanowień § 1 ust.1 pkt 1 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972) wynosi 7500 zł i z tego też względu orzekła o zwrocie na rzecz odwołującego także kwoty 7.500 zł uiszczonej dodatkowo w ramach kwoty wpisu ponad wymaganą wskazanym rozporządzeniem.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

……...
……...
……...