

WYROK

z dnia 1 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 lutego 2021r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021r. przez odwołującego Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. ul. Bażancia 1 a, 62-800 Kalisz (Lider), Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., ul. Zjazd 23, 62-800 Kalisz (Partner) w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego: Miasto Kalisz, Główny Rynek 20, 62-800 Kalisz

orzeka

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części VII zamówienia,
2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Kalisz, Główny Rynek 20, 62-800 Kalisz

i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. ul. Bażancia 1 a, 62-800 Kalisz (Lider), Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., ul. Zjazd 23, 62-800 Kalisz (Partner) tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od Miasto Kalisz, Główny Rynek 20, 62-800 Kalisz kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A. ul. Bażancia 1 a, 62-800 Kalisz (Lider), Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., ul. Zjazd 23, 62-800 Kalisz (Partner) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono niniejsze odwołanie, prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy na „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie miasta Kalisza.”

Zamawiający podzielił zamówienie na siedem części (I-VII).

Odwołanie dotyczy części VII zamówienia „obejmującej odbieranie i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Kalisza z Sektora I — VI”.

Sprawa została oznaczona przez zamawiającego: WGOŚ.271.01.0009.2020 D2020.09.00260.

Ogłoszenie o zamówieniu nastąpiło dnia 14 października 2020 r. w Dz. Urz. U. E. pod numerem 2020/S 200-485685.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych S.A., adres: ul. Bażancia 1a, 62-800 Kalisz, KRS 0000130027 (Lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., adres: ul. Zjazd 23, 62-800 Kalisz, KRS: 0000441507 (Partner konsorcjum), dalej jako: „Odwołujący”, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych („nowe Pzp”) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, wniesiono odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w Postępowaniu w zakresie Części VII zamówienia.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie szeregu obowiązujących przepisów :

- art. 93 ust. 1 pkt 4 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „Pzp”) w zw. z art. 7 Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części VII, z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty - oferty Odwołującego - przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że nie jest możliwe zwiększenie przez niego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie realizacji zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty,

- naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części VII, z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty - oferty Odwołującego — przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy Zamawiający dysponuje środkami, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w oparciu o ofertę Odwołującego,

-naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 j.t. ze zm.), dalej jako „uokik”, w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik poprzez nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej, co doprowadziło do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców,

- naruszenie Pzp w zw. art. 14 ust. 1 Pzp w związku z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, dalej jako („k.c.”), w związku z art. 58 k.c. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, zasad współżycia społecznego i dokonania czynności mających na celu obejście przepisów prawa;

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

— unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania dla części VII zamówienia,

Odwołujący składając odwołanie powołał się na interes we wniesieniu odwołania, przedstawiając w tym zakresie argumentację jak poniżej.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego - poprzez unieważnienie postępowania - możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy oferta Odwołującego stanowiła dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą”, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odstąpienie przez Zamawiającego od wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji od podpisania umowy z Odwołującym, wprost godzi w interes Odwołującego polegający na możliwości uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy.

Co do terminu na wniesienia odwołania

Odwołujący dowiedział się o unieważnieniu postępowania z pisma Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2021 r. W związku z tym termin na wniesienie odwołania został zachowany, zgodnie z art. 513 nowej Pzp.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający pismem z dnia 08.01.2021r., doręczonym Odwołującemu także dnia 8 stycznia 2021 r., poinformował o unieważnieniu postępowania dla części VII zamówienia. Jako podstawę unieważnienia Zamawiający podał art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, „gdyż cena jedynej oferty złożonej w ramach części VII zamówienia (729.993, 60 zł brutto), przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia, tj. 410.670, 00 brutto”. Jednocześnie Zamawiający w piśmie stwierdził, że nie może zwiększyć kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Części VII zamówienia do ceny złożonej oferty. Zawiadomienie to nie zawiera żadnego dodatkowego uzasadnienia poza lakonicznym stwierdzeniem, że „Zamawiający nie może zwiększyć kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Części VII zamówienia do ceny złożonej oferty.

Odwołujący nie zgadza się z unieważnieniem postępowania, zwłaszcza w sytuacji przedstawionych niżej argumentów.

Możliwość zwiększenia wydatków na realizację VII części zamówienia;

W dniu 30 grudnia 2020 r. Zamawiający opublikował informację o zamiarze zawarcia umowy z Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, dalej PWIK, w przedmiocie „Odbioru i transportu wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza” w trybie z wolnej ręki. Jednocześnie Zamawiający podał, że oszacował wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług) na kwotę 733.599,79 zł netto.

Zestawiając powyższe informacje, uznać należy za udowodnione, że Zamawiający dysponował kwotą, którą mógł przeznaczyć na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w oparciu o ofertę Odwołującego, czego dowodem jest fakt, że ogłosił jako szacunkową kwotę 733.599,79 zł netto na wykonanie tego samego przedmiotu zamówienia przez spółkę komunalną w trybie z wolnej ręki, jeszcze w czasie, kiedy przedmiotowe postępowanie się nie zakończyło. Dodatkowo Zamawiający znał cenę oferty Odwołującego w kwocie 729.993, 60 zł brutto, zatem wiedział, że jest ona niższa niż wartość szacunkowa dla zamówienia z wolnej ręki.

Dowód:

- informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 8.01.2021 r.,

- informacja o zamiarze zawarcia umowy z dnia 30.12.2020 r.

Ponadto porównując opis przedmiotu zamówienia dla zadania VII - wskazany na stronie 122 SIWZ do opisu przedmiotu umowy, jaka Zamawiający zamierza powierzyć PWIK. stwierdzić należy, że przedmioty zamówienia w obu przypadkach są takie same. Taki sam jest także czas, na jaki zawarta ma być umowa z PWIK i na jaki miała być zawarta umowa w ramach realizacji zadania VII:

1.Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego w dniu 30.12.2021 r.:

1)Przedmiotem umowy jest realizacja przez wykonawcę usługi polegającej na odbiorze wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza z Sektora I — VI i ich transport do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Orli Staw, Orli Staw 2, 62-834 Ceków (dalej Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych Orli Staw). Dopuszcza się czasowe magazynowanie odpadów

wielkogabarytowych na bazie magazynowo — transportowej. Przewidywana masa odpadów będących przedmiotem usługi wynosi 497,00 Mg;

2)Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w projekcie umowy i Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (SOPZ).

Zamawiający przewiduje również następujące terminy realizacji zamówienia i czas trwania umowy,

tj.: od zawarcia umowy do:

a)dnia 31.12.2021r. lub

b)dnia, w którym wyczerpaniu ulegnie kwota wskazana w § 8 umowy,

- w zależności od tego, które ze zdarzeń nastąpi wcześniej,

c)przekazanie raportu miesięcznego za ostatni miesiąc (grudzień 2021r.) — zgodnie z umową — w terminie 7 dni od zakończenia miesiąca,

d)przekazanie sprawozdania za 2021r. — zgodnie z powszechnie obowiązującym prawem, w terminie do dnia 31 stycznia 2022r.

2.Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla przedmiotowego postępowania dla części VII zamówienia, zmienionym w wyniku ogłoszenia informacji dla Wykonawców z dnia 30.10.2020 r., przewidywana ilość odpadów będących przedmiotem usługi wynosi 497,00 Mg na 12 m-cy (dane z Formularza oferty dla części VII Zamówienia).

Dowód:

-opis przedmiotu zamówienia - SIWZ (str. 5 pkt 5 SIWZ oraz strona 122-126 SIWZ)

-informacja o zamiarze zawarcia umowy z dnia 30.12.2020 r.,

Podsumowując, opisane powyżej działania Zamawiającego w opinii Odwołującego dowodzą wprost, że:

1. Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, pomimo braku zaistnienia przesłanek z niej wynikających, co stanowi naruszenie przepisów tego artykułu oraz zasad uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 pzp.

2. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie tylko nie wykazał w niniejszej sprawie braku możliwości pozyskania dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia, ale wprost wykazał, że posiada odpowiednie środki, bowiem w istocie poinformował, że taka możliwość po jego stronie istnieje w „informacji o zamiarze zawarcia umowy” w trybie z wolnej ręki w dniu 30.12.2020 r. Gołosłowne są więc twierdzenia Zamawiającego, że „Zamawiający nie może zwiększyć kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Części VII zamówienia do ceny złożonej oferty”.

3. Jak wynika więc z powyższego. Zamawiający dysponuje odpowiednimi środkami i możliwościami, by zwiększyć kwoty na realizację zamówienia, czego w istocie dokonał poprzez ogłoszenie, że zamierza udzielić zamówienia z wolnej ręki innemu wykonawcy i to za znacznie wyższą cenę. Z działań Zamawiającego opisanych powyżej wynika, że Zamawiający nie zamierza odstąpić od realizacji zamówienia tożsamego w znaczeniu przedmiotu zamówienia jak i czasu jego realizacji, a jego udzielenia dokonuje w trybie z wolnej ręki.

4. Jak słusznie przypomina się w doktrynie, „decyzja o przeznaczeniu na realizację zamówienia kwoty wyższej od podanej przed otwarciem ofert leży wprawdzie w gestii zamawiającego, ale nie zapada swobodnie. Poprzedza ją przede wszystkim analiza budżetu w celu stwierdzenia, czy możliwe lub celowe jest ewentualne zwiększenie środków finansowych do ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej Zamawiający nie wykazał jednak przesłanki związanej z okolicznością braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Taki stan rzeczy nie uprawniał Zamawiającego do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp i unieważnienia przetargu, skoro w istocie oszacował, że wartość realizacji takiego przedmiotu zamówienia jest kwotą przewyższającą znacznie wartość 410.670,00 zł jaką Zamawiający przeznaczył w ramach Postępowania na sfinansowanie realizacji zamówienia dla części VII.

1 Andrzeła Gawrońska-Baran, PZP 2013, Nr 2, Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne ze względu na brak pokrycia finansowego.

5. Zamawiający przed rozpisaniem przetargu z pewnością prowadził analizę rynku dotyczącą możliwości pozyskania zamówienia w zakresie zadania VII. Realizacja tego zadania nie jest przedmiotem pierwszego postępowania w ramach działalności Zamawiającego — zamawiający od lat przeprowadza postępowania przetargowe w zakresie takim jak przedmiotowe postępowanie, zatem zna rynek, jego właściwości oraz ceny jakie występują. W ocenie Odwołującego, Zamawiający musiał zdawać sobie sprawę z prawidłowej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia wobec wyżej opisanych okoliczności. W konsekwencji, trudno znaleźć uzasadnienie dla faktu, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający unieważnił postępowanie z powodu braku środków na sfinansowanie zakupu za kwotę 729.993, 60 zł brutto , ogłaszając 9 dni wcześniej, że zakupi w trybie z wolnej ręki te same usługi za kwotę znacznie wyższą 733.599,79 zł netto.

6.Wydatki publiczne powinny w sposób szczególny muszą być ponoszone zgodnie z zasadą racjonalności i gospodarności. Skoro Zamawiający decyduje się na wydanie kwoty znacznie wyższej w celu zrealizowania tego samego zadania, to możliwe jest także, że jego działanie jest sprzeczne z treścią przepisu art. 44 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych:

3. Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

1)w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

a)uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

- b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

7.4. Jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej.

Braki uzasadnienia:

Zgodnie z art. 93 ust. 3 Pzp Zamawiający, unieważniając postępowanie, podaje uzasadnienie faktyczne i prawne

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał prostego zestawienia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia i ceny oferty, a w ślad za tym niejako automatycznie unieważnił postępowanie. Z treści Zawiadomienia w sposób oczywisty nie wynika, by Zamawiający prowadził pogłębioną analizę swoich możliwości finansowych i poszukiwał możliwości pozyskania środków finansowych niezbędnych do wykonania zamówienia. Dopiero podjęcie takich działań i zakończenie ich niepowodzeniem mogłoby uzasadniać unieważnienie niniejszego postępowania. Brak więc w tym przypadku uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania, co uniemożliwia weryfikację działań Zamawiającego w ujęciu zgodności z przepisami Pzp, w szczególności w świetle zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Dodać przy tym należy, że w niniejszej sprawie nie mówimy tylko o wadliwym uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, choć uzasadnienie to w istocie jest nieprawidłowe, bowiem nie zawiera szczegółowego, konkretnego uzasadnienia zastosowania wyjątkowej, ostatecznej konstrukcji prawnej unieważnienia postępowania, ale przede wszystkim o wadliwej pod względem merytorycznym czynności unieważnienia postępowania, mimo istniejącej możliwości sfinansowania tego zamówienia. Zamawiający ograniczył się w „uzasadnieniu” czynności unieważnienia Postępowania wyłącznie do wskazania podstawy prawnej swej decyzji, co w żadnym wypadku nie może być ocenione jako uzasadnienie jej zastosowania.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle, zawężająco, co w konsekwencji zmusza Zamawiającego do wykazania istnienia podstaw prawnych i faktycznych uzasadniających unieważnienie postępowania.

W niniejszej sprawie Zamawiający winien zatem wykazać zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 i ust. 3 Pzp, że nie może zwiększyć kwoty na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający, nie wskazując żadnej okoliczności faktycznej na potwierdzenie, że przeprowadził proces badania swoich możliwości finansowych i że proces ten doprowadził do wniosków, że nie dysponuje odpowiednimi środkami finansowymi, skutkuje tym, że Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszej sprawie zaszyły podstawy do unieważnienia postępowania.

W przypadku, kiedy cena najkorzystniejszej oferty mieści się w ramach kwoty, na jaką Zamawiający szacował koszt wykonania zamówienia, albo gdy kwota ta może zostać przez Zamawiającego zwiększona do ceny najkorzystniejszej oferty, wtedy Zamawiający ma możliwość i obowiązek realizacji zamówienia (zawarcia umowy). W niniejszym postępowaniu Zamawiający miał możliwość realizacji zamówienia, a stan ten trwa nadal. Przyznanie więc prawa Zamawiającemu do unieważnienia niniejszego postępowania byłoby równoznaczne z tym, że Zamawiający uwolni się od jakiegokolwiek odpowiedzialności za niewywiązanie się z obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Taki sposób rozumienia przepisów Pzp sankcjonowałby więc praktykę zwlekania z zawieraniem umów o zamówienie publiczne z nadzieją, że powtórzenie procedury doprowadzi do obniżenia ceny lub nie będą oni zmuszeni do zawarcia umowy z „niechcianym” wykonawcą.

Instytucja unieważnienia postępowania nie może być jedynie „wytrychem” używanym do zakończenia postępowania, które nie ułożyło się po myśli zamawiającego (por. Grzegorz Mazurek, Komentarz praktyczny - Unieważnienie postępowania w praktyce przed i po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, Lex 115679).

Naruszenia zasad uczciwej konkurencji, zasad współzycia społecznego, próba obejścia przepisów prawa.

Dokonanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania musi być oceniane także pod kątem skutków tej decyzji na innych uczestników rynku. Działanie Zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania świadczy o naruszeniu przez niego pozycji dominującej w tym Postępowaniu. Jak wskazuje J. Nowicki w komentarzu do przepisu art. 7 Pzp: Naruszenie zasady uczciwej konkurencji może dotyczyć różnych segmentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikać z działania zamawiającego (np. opis przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty 51), jak również wykonawcy (np. złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy bądź klienta lub go narusza (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Czyny nieuczciwej konkurencji zostały określone w art. 5—17d u.z.n.k. Zasad uczciwej konkurencji powinni przestrzegać także wykonawcy, dlatego zamawiający w postępowaniu powinien uwzględnić również przepisy art. 6 u.o.k.k. (zakaz porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym) i art. 9 u.o.k.k. (zakaz nadużywania pozycji dominującej) (zob. J. Nowicki, M. Kołdecki Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Opublikowano: WKP 2019).

Odwołujący stoi na stanowisku, że zarówno z przepisów krajowych, jak i unijnych wynika jednoznaczny obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także w sposób zgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Tego obowiązku w tym Postępowaniu Zamawiający nie wypełnił.

Istotą art. 7 ust. 1 Pzp jest konieczność identycznego traktowania wszystkich wykonawców, których sytuacja jest taka

sama lub bardzo podobna i podejmowanie wszelkich działań mających na celu zapewnienie jak najszerszej konkurencji na rynku. Zamawiający nie jest uprawniony do udzielenia zamówień publicznych w sposób, który nastawiony jest na sztuczne, niezajdujące logicznego uzasadnienia, zawężenie konkurencji w postępowaniu lub też obejście przepisów Pzp lub innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym także tych, dotyczących ochrony konkurencji.

Zamawiający w ocenie Odwołującego potraktował art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp instrumentalnie, czym naruszył ten przepis jak i regulację wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz na podstawie art. 14 ust. 2 ustawy Pzp czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania została dokonana w celu obejścia przepisów (art. 58 k.c.) prawa z jednoczesnym naruszeniem zasad współzycia społecznego (art. 5 k.c.). oraz Zamawiający tym samym naruszył przepisy uokik.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w celu udzielenia zamówienia spółce PWIK nadużył pozycji dominującej, w jaką uposażyła go ustawa Pzp, ustanawiając go gospodarzem przedmiotowego postępowania.

Następnie, przepis art. 9 ust. 1 uokik stanowi, że: zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. W myśl art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Zamawiający jest przy tym przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a uokik, zgodnie z którym pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, a także osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. — Prawo przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy, a zadania własne obejmują między innymi sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz. Zadania związane z utrzymaniem czystości i porządku mieszczą się przy tym bez wątpienia w kategorii usług o charakterze użyteczności publicznej, za których organizację odpowiada gmina (czyli także Zamawiający). Organizacja świadczeń użyteczności publicznej rozumiana powinna być jako wszelkiego rodzaju aktywność polegająca na stworzeniu możliwości i ram świadczenia takich usług, w tym również przez innych przedsiębiorców.

Powyższe znajduje zresztą potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., gdzie wskazano, że: „W świetle całokształtu regulacji prawnych dotyczących gminy i poczynionych uwag należy dojść do wniosku, że w celu realizacji zadań własnych gmina w zasadzie prowadzi działalność gospodarczą i jej przedmiot decyduje o gospodarczym charakterze podejmowanej działalności (por. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 2001 r., V CKN 756/00. "Izba Cywilna" 2002, nr 1, s. 64).” (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt: III CZP 43/13, OSNC 2014/3/25).

Powyższe reguły (przepisy uokik) zakazują przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą takich zachowań, które utrudniają lub uniemożliwiają innym przedsiębiorcom działalność na określonym rynku, poprzez niemożność wejścia na ten rynek lub dalszego rozwoju. Zamawiający ma przy tym pozycję dominującą na rynku właściwym, który należy określić jako rynek organizowania usług odbierania odpadów komunalnych z terenu Miasta Kalisz. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach: utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy. Jak z kolei wskazuje się w ust. 2 pkt 1 wyżej wymienionego przepisu, gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, w szczególności tworzą warunki do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie gminy lub zapewniają wykonywanie tych prac przez tworzenie odpowiednich jednostek organizacyjnych.

Decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania i udzieleniu PWIK przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki bezsprzecznie oddziałuje na rynek odbierania odpadów komunalnych, bowiem Zamawiający ogranicza krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie do jednego przedsiębiorcy, niezależnie od tego, na jakich zasadach świadczenie tej samej usługi oferują lub mogliby zaoferować inni przedsiębiorcy. Zachowanie Zamawiającego stanowi jednoznaczny przykład przeciwdziałania ukształtowaniu warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji poprzez całkowite wyłączenie konkurencji w Postępowaniu.

Zamawiający, jako gospodarz Postępowania, obowiązany jest do korzystania ze swoich uprawnień w sposób niedyskryminujący. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nadużył swojej dominującej pozycji w Postępowaniu poprzez unieważnienie Postępowania pomimo posiadania odpowiednich środków na jego sfinansowanie, czym uniemożliwił wykonawcom konkurencyjną i równą walkę o udzielenie zamówienia. Zasada zawarta w art. 7 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiających do identycznego traktowania wszystkich tych wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna. Jak już to zostało wskazane na wstępie, Odwołujący ma wszelkie niezbędne kompetencje do świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego.

Co więcej, Odwołujący doszukuje się nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego, który podjął decyzję o unieważnieniu Postępowania, w którym uzyskał ofertę Odwołującego na kwotę 729.933,60 zł brutto podczas, gdy w postępowaniu z wolnej ręki Zamawiający szacuje, że wyda kwotę 733.599,79 zł netto na ten sam zakres przedmiotu zamówienia. Powyższe oznacza, że Zamawiający ma zabezpieczone środki w kwocie wyższej niż cena oferty Odwołującego. Jak zatem wytłumaczyć decyzję Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, skoro oczywistym jest, że nie zachodzą w tym przypadku przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp? W czym przejawia się korzyść Zamawiającego uzasadniająca zachowanie Zamawiającego, która usprawiedliwiałaby tak drastyczne ograniczenie konkurencji w Postępowaniu?

Z powyższego wynikać może także, że Zamawiający celowo wskazał, że przewidział na realizację postępowania kwotę

w wysokości 410 670 zł, po to aby mieć formalną podstawę do unieważnienia postępowania. Taki wniosek jest uzasadniony, gdy jeszcze na etapie przed zakończeniem postępowania, Zamawiający ogłasza, że zamierza wydać na wykonanie tego samego przedmiotu postępowania, w tym samym przedziale czasowym kwotę 733.599.79 zł — czyli znacznie wyższą. Działanie Zamawiającego poza naruszeniem przepisów ustawy Pzp i uokik należy oceniać także przez pryzmat art. 58 § 1 i § 2 k.c., zgodnie z którym:

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy,

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego.

oraz przez pryzmat art. 5 k.c. zgodnie z którym:

Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

W świetle powyższego uznać należy, że Zamawiający, jako podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku, odpowiedzialny za organizację usługi odbioru odpadów komunalnych z Miasta Kalisza, nadużył swojej pozycji, podejmując nieuzasadnioną decyzję o unieważnieniu postępowania i udzieleniu zamówienia z wolnej ręki na ten sam przedmiot zamówienia - uniemożliwiając realizację zamówienia Odwołującemu, który posiada niezbędne doświadczenie, sprzęt i warunki dla świadczenia takiej usługi na rzecz Zamawiającego.

Za zasadny należy więc uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik, oraz zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp w związku z art. 5 k.c., w związku z art. 58 k.c.

Wobec powyższego odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE dnia 23 luty 2021r.

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie miasta Kalisza.” Odwołanie dotyczy części VII zamówienia „obejmującej odbieranie i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Kalisza z Sektora I – VI”, oznaczenie sprawy WGOŚ.271.01.0009.2020 D2020.09.00260, (zwane dalej „Postępowaniem”). Ogłoszenie o zamówieniu: z dnia 14 października 2020 r., pod numerem 2020/S 200-485685.

W imieniu Zamawiającego, w odpowiedzi na wniesione przez Odwołującego odwołanie, na podjętą dnia 08 stycznia 2021 przez Zamawiającego czynność unieważnienia Postępowania, które zainicjowało postępowanie odwoławcze toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą oznaczone sygn. KIO 215/21 (zwane dalej: „Postępowaniem odwoławczym”), mając na względzie okoliczności podniesione w niniejszym piśmie, zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Przedmiotem Odwołania jest podjęta przez Zamawiającego dnia 08 stycznia 2021 r. czynność unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, t.j.: Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm. (zwana dalej „P.z.p.”). Zgodnie ze wskazanym przepisem:

„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”.

Zamawiający podjęcie ww. czynności uzasadnił wskazując:

„W imieniu Miasta Kalisza (Zamawiającego) zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą”) informuję, że postępowanie w Części VII zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż cena oferty złożonej w ramach Części VII zamówienia (729.993,60 PLN brutto), przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tej Części zamówienia tj. 410.670,00 PLN brutto. Zamawiający nie może zwiększyć kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Części VII zamówienia do ceny złożonej oferty.”

Odwołujący w ww. stanie faktycznym zarzuca Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 i ust. 3 P.z.p. w zw. z art. 7 P.z.p. poprzez unieważnienie Postępowania, w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że nie jest możliwe zwiększenie przez niego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie realizacji zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty

2) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 i ust. 3 w zw. z art. 7 P.z.p. poprzez unieważnienie Postępowania, w sytuacji gdy Zamawiający dysponuje środkami, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w oparciu o ofertę Odwołującego,

3) naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 9 ust. 1 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j.: Dz.U. z 2021 r., poz. 275 ze zm. (zwana dalej „u.o.k.i.k.”) poprzez nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej, co doprowadziło do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców,

4) naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 P.z.p. w związku z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, t.j.: Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm. (zwana dalej „K.c.”) w zw. z art. 58 K.c. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, zasad współzycia społecznego i dokonania czynności mających na celu obejście przepisów prawa.

Możliwość zwiększenia kwoty którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

Zamawiający podnosi, że całość wielostronicowej argumentacji Odwołującego, opiera się na jednej okoliczności, tj. rzekomego unieważnienia Postępowania pomimo możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Wyraz powyższemu dają m.in. następujące fragmenty Odwołania:

1) „Zestawiając powyższe (kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w Postępowaniu, oraz szacowaną na potrzeby postępowania pn. „Odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza”), uznać należy za udowodnione, że Zamawiający dysponował kwotą, którą mógł przeznaczyć na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w oparciu o ofertę Odwołującego (...)” (s. 4 Odwołania),

2) „Zamawiający dysponuje odpowiednimi środkami i możliwościami, by zwiększyć kwoty na realizację zamówienia, czego w istocie dokonał poprzez ogłoszenie, że zamierza udzielić zamówienia z wolnej ręki innemu wykonawcy i to za znacznie wyższą cenę”. (s. 6 Odwołania),

3) „W ocenie Odwołującego, Zamawiający nadużył swojej dominującej pozycji w Postępowaniu poprzez unieważnienie Postępowania pomimo posiadania odpowiednich środków na jego sfinansowanie, czym uniemożliwił wykonawcom konkurencyjną i równą walkę o udzielenie zamówienia” (s. 12 Odwołania),

4) „Co więcej, Odwołujący doszukuje się nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego, który podjął decyzję o unieważnieniu Postępowania, w którym uzyskał ofertę Odwołującego na kwotę 729.933,60 zł brutto podczas, gdy w postępowaniu z wolnej ręki Zamawiający szacuje, że wyda kwotę 733.599,79 zł netto na ten sam zakres przedmiotu zamówienia. Powyższe oznacza, że Zamawiający ma zabezpieczone środki w kwocie wyższej niż cena oferty Odwołującego.”. (s. 12 Odwołania)

Powyższe obarczone jest błędem co do stanu faktycznego, który skutkuje wadliwością wszelkich czynionych przez Odwołującego wywodów, wniosków oraz argumentów.

Konkretyzując, Zamawiający wskazuje, że nieuprawnione jest przyjęcie, że oszacowana na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbioru i transportu wielogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza” wartość zamówienia (tj. 733.599,79 zł) jest kwotą, którą:

1) zamawiający dysponuje i zamierza wydać na zamówienie udzielane w ramach tego postępowania,

2) w związku z okolicznościami z pkt. 1, taką kwotę powinien wydatkować w ramach Postępowania.

Całkowicie błędne jest wywodzenie przez Odwołującego odmiennego stanu faktycznego, w oparciu o porównanie kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w ramach Postępowania, z wartością zamówienia ustaloną na potrzeby postępowania pn. „Odbioru i transportu wielogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza”. Nie można zgodzić się z tezą Odwołującego, że „Zestawiając powyższe (kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w Postępowaniu, oraz szacowaną na potrzeby postępowania pn. „Odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza” – przepis K.D), uznać należy za udowodnione, że Zamawiający dysponował kwotą, którą mógł przeznaczyć na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w oparciu o ofertę Odwołującego (...)” (s. 4 Odwołania).

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że nie ma żadnych podstaw prawnych do utożsamiania ze sobą dwóch odmiennych kategorii wartości kwotowych, tj. wartości zamówienia oraz kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. O dokonaniu przez Odwołującego takiej synonimizacji dwóch odrębnych kategorii kwotowych, świadczy co najmniej następujący fragment odwołania, w którym Odwołujący dokonuje modyfikacji brzmienia przesłanki zakodowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p. podnosząc, że: „w przypadku, kiedy cena najkorzystniejszej oferty mieści się w ramach kwoty, na jaką Zamawiający szacował koszt wykonania zamówienia, albo gdy kwota ta może zostać przez Zamawiającego zwiększona do ceny najkorzystniejszej oferty, wtedy Zamawiający ma możliwość i obowiązek realizacji zamówienia (zawarcia umowy)”. (s. 8 Odwołania).

Wartością zamówienia, jest wartość ustalona przez Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy dochowaniu wymogów wynikających z art. 32 – 35 P.z.p. Zgodnie z art. 32 ust. 1 P.z.p. „Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.”.

Z kolei kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest to wartość pieniężna, którą zamawiający dedykuje na pokrycie wydatków związanych z realizacją udzielanego zamówienia (jej części). Kwotę tę zamawiający ujawnia przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 P.z.p.) a następnie informuje o niej na stronie internetowej (art. 86 ust. 5 pkt 1 P.z.p.).

Na brak jakiegokolwiek uzasadnienia w utożsamianiu ww. pojęć Izba podnosiła wielokrotnie i w sposób jednolity. Egzemplifikując KIO w wyroku z dnia 1 stycznia 2019 r., KIO 2621/18, wobec przesłanki wyrażonej w art. 10 ust. 1a pkt 1 P.z.p., referującej do wartości przedmiotu zamówienia podniosła, że „opieranie argumentu w sprawie zaniżonej ceny na porównaniu z kwotą przewidzianą przez zamawiającego do wydatkowania na sfinansowanie zamówienia nie znajduje podstaw w przepisie art. 90 ust. 1a pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Kwotą odniesienia jest bowiem wartość przedmiotu zamówienia powiększona o wymagany podatek od towarów i usług.”.

Na gruncie P.z.p. nie ma podstaw prawnych do utożsamiania wartości zamówienia z kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Zamawiający w Postępowaniu, przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 410.670,00 złotych brutto. Wyłącznie ta kwota stanowi wielkość referencyjną przy badaniu ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania zakodowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p.

Pomiędzy stronami nie istnieje spór co do tego, że kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła 410.670,00 złotych brutto. Sporne nie jest również to, że oferta z najniższą ceną (tj. oferta Odwołującego) opiewała na wartość 729.933,60 złotych brutto. Odwołujący kwestionuje w zaistniałym stanie faktycznym, że po stronie Zamawiającego nie istniała możliwość zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty zaproponowanej przez Odwołującego. Powyższe Odwołujący opiera wyłącznie na okoliczności, iż w kolejnym postępowaniu szacowana wartość zamówienia wyniosła 733.599,79 zł netto. Zamawiający zaprzecza jakoby w oparciu o szacowaną wartość zamówienia można było wykazać kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia udzielanego w kolejnym postępowaniu.

Z ostrożności procesowej Zamawiający podnosi, że oszacowanie wartości zamówienia na potrzeby postępowania pn. „Odbiór i transport wielogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza” nastąpiło z dochowaniem wymogów wynikających z art. 35 ust. 1 P.z.p. W przypadku usług, wskazany przepis nakazuje ustalenie wartości zamówienia nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Mając na względzie, że szacowania wartości zamówienia następują z odniesieniem do „wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług” (art. 32 ust. 1 P.z.p.). Mając powyższe na względzie, przy szacowaniu wartości zamówienia postępowania pn. „Odbioru i transportu wielogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza” Zamawiający, uwzględnił m.in. oferty złożone w Postępowaniu. W rezultacie szacunkową wartość zamówienia ustalono na kwotę 733.599,79 złotych netto.

Nie jest to jednak, w żadnym wypadku kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia udzielanego w ramach postępowania pn. „Odbioru i transportu wielogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza”.

Postępowanie na potrzeby, którego oszacowano wartość zamówienia na kwotę 733.599,79 złotych netto, prowadzone jest w trybie zamówienia z wolnej ręki, tj. w trybie negocjacji z jednym wykonawcą. Elementem negocjacji jest m.in. cena. Potwierdza to już chociażby pkt 1 formularza ofertowego załączonego do zaproszenia do negocjacji, w którym wykonawca ma obowiązek wskazać cenę za „wykonywanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego opisem i warunkami zawartymi w zaproszeniu do negocjacji”. W toku negocjacji, Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. (zwane dalej „PWik”) - wykonawca zaproszony do udziału w postępowaniu w trybie z wolnej ręki, zaproponował cenę na niższym niż szacowana wartość zamówienia poziomie, jak również cenę niższą od ceny ofertowej Odwołującego.

Z ostrożności procesowej, Zamawiający podnosi również okoliczność błędnego sposobu interpretacji przez Odwołującego zakodowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p. przesłanki unieważnienia Postępowania. Wyraża ono bowiem regułę zgodnie z którą zamawiający unieważnia (tj. ma obowiązek unieważnić) Postępowanie jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Obowiązek ten doznaje uchylenia w sytuacji w której zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie żaden przepis P.z.p. nie nakłada na Zamawiającego obowiązku zwiększenia przewidzianej na sfinansowanie zamówienia kwoty i doprowadzenia do sytuacji w której nastąpi uchylenie obowiązku unieważnienia Postępowania.

Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r., KIO 2501/14 „koniec tego przepisu (art. 93 ust. 1 pkt 4 – przypis K. D.) w słowach »chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty« mówi o wyjątku, którego nie można interpretować rozszerzająco, aż do ustanawiania reguły, że w każdym przypadku zamawiający powinien podejmować próbę zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. To w gestii samego zamawiającego musi pozostawać decyzja czy podejmować próbę zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy od razu unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia.”

We wskazanym zakresie Zamawiający wskazuje również na następujące judykaty Izby, których tezy traktuje jako argumenty własne:

1) „Zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia i wtedy przesłanka unieważnienia nie wystąpi. Jak wynika z literalnego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), jest to uprawnienie zamawiającego. Zamawiający jest dysponentem środków finansowych i decydemt odnośnie wydatkowania tych środków, przy czym decyzja odnośnie zwiększenia kwoty przeznaczonej nie musi być uzewnętrzniona w sformalizowany sposób” (wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r., KIO 2451/17),

2) „Na gruncie Prawa zamówień publicznych decyzja zamawiającego o zwiększeniu kwoty środków przeznaczonych uprzednio na realizację zamówienia i ogłoszonej przed otwarciem ofert jest jego decyzją suwerenną i ewentualne zmiany, co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia są uprawnieniem zamawiającego (nie jego obowiązkiem) (...). Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dotyczyć to może także części zamówienia (wyodrębnionego zadania) i wówczas wskazany przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 stosuje się w związku z art. 93 ust. 2 Prawa zamówień publicznych odpowiednio.” (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2020 r., KIO 672/20),

3) „Określenie przez zamawiającego kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia ogłaszanej w trybie art. 86 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych mieści się, co oczywiste, w kompetencjach zamawiającego, a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych tych kompetencji nie ograniczają. Ten ostatni przepis dopuszcza wprost możliwość unieważnienia postępowania przez zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Możliwość podwyższenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi jego uprawnienie, a nie obowiązek. Zmiana przepisu z przyjęciem treści obecnie obowiązującej dała zamawiającemu uprawnienie do podjęcia decyzji uzasadnionej jego celem podstawowym. To uprawnienie nie oznacza jednak nałożenia na zamawiającego obowiązku korygowania uprzednio ustalonych i ogłoszonych zamiarów co do kwoty przewidzianej do wydatkowania. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.” (wyrok KIO z dnia 26 września 2019 r., KIO 1676/19),

4) „Treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) nie nakłada na zamawiającego bezwzględnego obowiązku zwiększenia brakującej kwoty dofinansowania, lecz daje zamawiającemu uprawnienie do poszukiwania dodatkowych środków finansowych. Zatem okoliczność, że zamawiający w innych zadaniach zwiększał kwotę na realizację zamówienia, nie oznacza automatycznie, że zamawiający jest zobligowany do zwiększenia takiej kwoty również w innym zadaniu. Każdorazowo jest to decyzja zamawiającego, podejmowana indywidualnie wobec każdego z postępowań” (wyrok KIO z dnia 4 lipca 2018 r., KIO 1240/18),

Nie ma podstaw prawnych do podważania prawidłowości unieważnienia Postępowania, poprzez odwołanie się do szacowanej wartości zamówienia i to na dodatek ustalonej na potrzeby innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oszacowanie wartości zamówienia na potrzeby innego postępowania, w żaden sposób nie może wykazywać jaką kwotę zamawiający zamierza przeznaczyć na jego sfinansowanie, a tym bardziej w sposób definitywny potwierdzać, że Zamawiający miał możliwość zwiększyć budżet na realizację zamówienia w ramach Postępowania.

Odpowiednie uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania

Zgodnie z art. 93 ust. 3 P.z.p. „o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy:

1) ubiegali się o udzielenie zamówienia - w przypadku unieważnienia postępowania przed upływem terminu składania ofert,

2) złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

Odwołujący kwestionuje prawidłowość uzasadnienia przez Zamawiającego czynności unieważnienia Postępowania, ze względu na niewystarczające wykazanie, że Zamawiający nie może zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający podnosi, że wskazana w poprzednim zdaniu okoliczność, wykazywana jest oświadczeniem Zamawiającego. Powyższe wynika wprost z tego, że zwiększenie kwoty na sfinansowanie zamówienia jest uprawnieniem a nie obowiązkiem Zamawiającego.

We wskazanym zakresie należy wskazać na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 10 października 2017 r., KIO 2032/17, w którym wskazano, że „celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania <za wszelką cenę>, ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą.

Zasadą jest zatem, że zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako tą, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.”

Uzupełniająco należy wskazać, na stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Łodzi, w wyroku z dnia 18 sierpnia 2016 r., X GC 937/15, zgodnie z którym „bezpodstawnym jest oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, iż jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych. Nie znajduje bowiem oparcia w przepisach badanie budżetu zamawiającego, nakazywanie dokonania mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, dokonania jednych zakupów kosztem drugich albo nakazywanie wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na inne zamówienie. Zatem, z treści art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych nie sposób wywieść jakichkolwiek podstaw prawnych, które pozwalałyby na zobowiązanie zamawiającego, do zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia. To zamawiający, nie wykonawca, ponosi wyłączną odpowiedzialność za gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny, i skoro według jego oceny nie ma obecnie możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, to nie można mu robić z tego powodu zarzutu.”

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 25 kwietnia 2018 r., KIO 558/18 „Stanowiący podstawę unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) nie nakłada na zamawiającego szczególnego ciężaru dowodowego, w szczególności przedstawiania dowodów na okoliczność podjęcia prób pozyskania dodatkowych środków, czy dodatkowych źródeł finansowania zamówienia, jako warunku skutecznego podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania na tej podstawie. Kwotą kluczową (którą zamawiający realnie posiada lub będzie posiadał) dla podejmowanych decyzji jest kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, podawana przez zamawiającego - stosownie do wymagań art. 86 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - bezpośrednio przed publicznym otwarciem ofert.”

Zbieżne stanowisko wyraziła Izba w wyroku z dnia 14 marca 2018 r., KIO 351/18, w którym wskazano, że „decyzja odnośnie zwiększenia kwoty przeznaczonej nie musi być uzewnętrzniona w sformalizowany sposób. Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnieniu postępowania. Uczestnicy postępowania, wykonawcy nie mogą oczekiwać, że zamawiający będzie przesunął środki przeznaczone na realizację innych części zamówienia, czy zaoszczędzonych w toku postępowania. Bezpodstawnym jest również oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków.”.

Względy konstrukcyjne, przewidzianej w art. 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p. przesłanki unieważnienia postępowania, potwierdzają, że dla wykazania w uzasadnieniu czynności, niemożliwości zwiększenia budżetu wystarczające jest oświadczenie Zamawiającego, wyrażone w warunkach suwerennej decyzji organizatora postępowania.

Naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Względem następujących zarzutów:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 9 ust. 1 ust. 2 pkt 5 u.o.k.i.k. poprzez nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej, co doprowadziło do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców,

2) naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 14 ust. 1 P.z.p. w związku z art. 5 K.c. w zw. z art. 58 K.c. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, zasad współzycia społecznego i dokonania czynności mających na celu obejście przepisów prawa, które w ocenie Zamawiającego charakteryzują się zbieżnością rodzajową, a odróżnia je względem siebie wyłącznie kwestia regulacji, które miałyby zostać naruszone przez Zamawiającego (prawa ochrony

konkurencji / prawa cywilnego), Zamawiający podnosi, że opierają się one na uznaniu, że czynność Zamawiającego z dnia 08 stycznia 2021 r. stanowi przejaw nadużycia prawa (pozycji Zamawiającego). Powyższe Odwołujący wywodzą, że Zamawiający po unieważnieniu Postępowania, wszczął kolejne postępowanie, ale w trybie zamówienia z wolnej ręki (zamówienie in-house) i w jego ramach oszacował wartość zamówienia na kwotę wyższą niż kwota jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w Postępowaniu.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że z:

1) unieważnienia Postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 P.z.p., a następnie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia z ustaleniem jego wartości na poziomie 733.599,79 złotych netto nie sposób wywodzić ww. okoliczności. Zamawiający po unieważnieniu Postępowania, wszczął kolejne postępowanie, przy szacowaniu wartości którego uwzględnił m.in. kwoty z ofert otrzymanych w Postępowaniu, co nie oznacza, że zamierza wydatkować ww. kwotę. Zamawiający na moment wszczęcia kolejnego postępowania nie dokonał zwiększenia budżetu na realizację przedmiotowego zadania, 2) okoliczności następczej, tj. wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, nie sposób wywodzić niezgodności z prawem czynności unieważnienia Postępowania. Obie te czynności powinny być rozpatrywane odrębnie, a każda z nich została podjęta w warunkach swobody przysługującej Zamawiającemu (zwiększenie kwoty na realizację zamówienia) lub gminie jako JST (przyjęcia określonej formy realizacji zadania).

We wskazanym zakresie Zamawiający podnosi, że decyzja o wszczęciu kolejnego postępowania, w tym o wyborze trybu w którym jest ono przeprowadzane, stanowi decyzję Zamawiającego podejmowaną w warunkach swobody decyzyjnej, ograniczonej przesłankami zastosowania trybu szczególnego. To że Zamawiający nie ponowił postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, nie uzasadnia przyjmowania, że dopuścił się nadużycia prawa, czy też przysługującej mu pozycji. Decyzja o doborze trybu jest samodzielną decyzją zamawiającego, podejmowaną przy poszanowaniu przesłanek stosowania trybów szczególnych. Oczekiwanie Odwołującego, że kolejne zamówienie musi być przeprowadzone w tym samym trybie nie znajduje żadnych podstaw prawnych. Decyzja o stosowanym trybie została pozostawiona Zamawiającemu.

We wskazanym zakresie Zamawiający podnosi, że decyzja o formie realizacji zadania stanowi suwerenną decyzję gminy, podejmowaną na etapie poprzedzającym przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepisy prawa samorządowego oraz ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, t.j.: Dz.U. z 2019 r., poz. 712 ze zm.(zwana dalej „u.g.k.”), kreują prawne formy realizacji zadań przez gminy, w tym konstytuują zasadę swobody organizatorskiej samorządu terytorialnego w sferze gospodarki komunalnej, także w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi (której dotyczy zamówienie udzielane w Postępowaniu). Zaznaczenia wymaga, że wykreowane ustawami samorządowymi oraz u.g.k. system „tworzy gwarancję organizatorskiej swobody w sferze gospodarki komunalnej, która wyraża się w tym, że w ramach ogólnej normy kompetencyjnej jednostki samorządu terytorialnego dysponują samodzielnością upoważniającą do działania nakierowanego na osiągnięcie określonego celu” .

Na gruncie prawa unijnego, z odwołaniem do cytowanego przez Odwołującego orzeczenia TSUE z dnia 3 października 2019 r., C-185/18, powyższe potwierdza TSUE w wyroku z dnia 2 kwietnia 2020 r. C-3/19, w którym wskazuje, że „art. 2 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/23 ustanawia zasadę swobodnego administrowania przez krajowe, regionalne i lokalne organy władzy publicznej zgodnie z prawem krajowym i prawem Unii. (...) Po trzeciej, z art. 2 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/23 w związku z jej motywem 5 wynika, że wspomniane organy mogą zdecydować, czy będą wykonywać swoje zadania w zakresie interesu publicznego z wykorzystaniem własnych zasobów, czy we współpracy z innymi organami, lub czy powierzą je wykonawcom. Jak zatem widać, dyrektywa 2014/23 nie może pozbawić państw członkowskich swobody optowania za jednym sposobem zarządzania na niekorzyść innych. Swoboda ta oznacza bowiem dokonanie wyboru na etapie poprzedzającym udzielenie koncesji, a w związku z tym ta decyzja nie może być objęta zakresem dyrektywy (zob. analogicznie wyrok z dnia 3 października 2019 r., Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, pkt 44; postanowienia z dnia 6 lutego 2020 r.: Pia Opera Croce Verde Padova, C-11/19, EU:C:2020:88, pkt 41; Rieco, od C-89/19 do C-91/19, EU:C:2020:87, pkt 33).”.

Zważając na powyższe, Zamawiający był w pełni uprawniony do wszczęcia kolejnego postępowania, w trybie zamówienia z wolnej ręki, w celu udzielenia zamówienia in-house, w szczególności w sytuacji, w której w Postępowaniu, została złożona wyłącznie jedna oferta i to na zdecydowanie wyższą kwotę niż Zamawiający mógł wydatkować. Kierując się troską o wydatkowane środki publiczne, Zamawiający w kolejnym postępowaniu, wykorzystał dostępne mu mechanizmy, umożliwiające obniżenie wydatków na realizację zamówienie, względem zaofertowanych przez podmioty rynkowe (de facto jeden podmiot) w Postępowaniu, przeprowadzonym w trybie najbardziej otwartym na konkurencję. Wynik Postępowania ukazał, że panujące na rynku lokalnym warunki nie gwarantują osiągnięcia oczekiwanych rezultatów przy uwzględnieniu optymalnego stopnia wydatków finansowych. Uwzględniając powyższe Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

W części powyżej uzasadnienia wyroku, przedstawiono zarzuty, żądania i argumentację faktyczną oraz prawną wniesionego odwołania jak i odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający żąda oddalenia odwołania w całości, przedstawiając argumentację w tym zakresie.

Wniesione odwołanie odnosi się do:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy na „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie miasta Kalisza.”

Zamawiający prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia podzielił na siedem części (I-VII).

Rozpatrywane odwołanie dotyczy części VII zamówienia to jest „obejmującej odbieranie i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Kalisza z Sektora I — VI”.

Sprawa została oznaczona przez zamawiającego sygnaturą akt: WGOŚ.271.01.0009.2020 D2020.09.00260.

Ogłoszenie o zamówieniu nastąpiło dnia 14 października 2020 r. w Dz. Urz. U. E. pod numerem 2020/S 200-485685.

Izba w toku postępowania odwoławczego, w związku z przeprowadzonym postępowaniem dowodowym w sprawie, dokonała następujących ustaleń.

Odwołujący zaskarżając czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art.93 ust.1 pkt 4 ustawy pzp. (Dz.U. 2019 r. poz. 1843 ze zm.), do złożonego odwołania załączył- Informację Prezydenta Miasta Kalisza (zamawiającego) o zamiarze zawarcia umowy z wolnej ręki- pismo z 30 grudnia 2020 r. W piśmie tym zamawiający przywołuje jako podstawę prawną art.67 ust.11 ustawy pzp (Dz.U. 2019 poz.1843 ze zm.) w związku z zamiarem udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy pzp na „odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonych na terenie miasta Kalisza”. Wykonawcą, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia jest Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Kaliszu (PWIK Sp. z o.o. w Kaliszu). Pismo zawiera uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający podaje szacunkową wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług) na kwotę 733.599, 79 złotych.

Odwołujący również załączył do odwołania - Informację o unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie części VII na „odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonych na terenie miasta Kalisza” - pismo z 8 stycznia 2021 r. W piśmie zamawiający podaje podstawę prawną unieważnienia – art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy pzp (Dz.U. 2019 poz.1843 ze zm.). Zamawiający jako okoliczność faktyczną unieważnienia podaje cenę oferty złożonej na kwotę 729.993,60 zł. brutto, w sytuacji gdy na otwarciu ofert zamawiający jako kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia podał 410.670,00zł. brutto. Jednocześnie zamawiający oświadczył, że nie może zwiększyć kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Części VII zamówienia do ceny złożonej oferty.

Odwołujący powyższe dowody złożył na okoliczność, że zamawiający dysponował kwotą, która równa się kwocie złożonej oferty przez odwołującego, jako dowody na bezpodstawność unieważnienia postępowania. Pismo zamawiającego z dnia 8 stycznia 2021 r. jest dowodem na to, że zamawiający przewidywał środki na zamówienie w kwocie odpowiadającej złożonej ofercie i pomimo to bezpodstawnie unieważnił postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, w świetle pisma zamawiającego z dnia 30 grudnia 2020 roku.

Izba podsumowując w tym miejscu ustalenia wynikające ze złożonych dowodów w odwołaniu stwierdza, że jego rozpatrzenie zależy od oceny znaczenia kwot wynikających z tych dokumentów, a które to kwoty kolejno przedstawiają się jak poniżej:

- 1.cena oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na kwotę 729.993,60 zł. brutto,
- 2.kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia 410.670,00zł. brutto, podana przez zamawiającego na otwarciu ofert.
- 3.szacunkowa wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług) na kwotę 733.599, 79 zł. w zamiarze udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Izba na rozprawie dokonała kolejnych uzupełniających ustaleń z przeprowadzonych dowodów w sprawie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na „odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie miasta Kalisza” podzielonych zostało na 7 (siedem) części.

Szacunkowa wartość całości zamówienia (siedem części) wynosi 37.106.312,82 zł. i obejmuje oprócz zamówień podstawowych również wartość zamówień z art.67 ust.1 pkt 6 ustawy pzp.

Przy czym sama wartość szacunkowa zamówień podstawowych (siedem części) wynosi 23.106.312,82 złotych.

Wartość zamówienia na część VII odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z sektorów I-VItj. objęta przedmiotem sporu, zamawiający ustalił wartość szacunkową VII części zamówienia na kwotę 1 408 266,41 złotych. Przy czym kwota ta obejmowała, oprócz wartości zamówień podstawowych, również wartość zamówień z art.67 ust.1 pkt 6 ustawy pzp. i dla VII części wynosiła – 500.000,00 złotych, co daje wartość szacunkową VII części bez kwoty na powtórzenie podobnych usług na kwotę 908.266,41 zł. (1.408.266,41 zł. - 500.000,00zł.= 908.266,41zł.).

Tak prezentują się kwoty szacunkowe wartości zamówienia ustalone przez zamawiającego.

W sytuacji ustalenia wartości szacunkowych zamówienia przez zamawiającego w kwotach powyżej podanych (przed złożeniem i otwarciem ofert), zamawiający na otwarciu ofert (12.11.2020r.) podaje jako kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia w wysokości 410 670,00 zł. już po ubruttowaniu, w kontekście wartości szacunkowej, która jest wartością nie ubruttowaną.

Dla oceny zaistniałej sytuacji należy zestawić następujące kwoty na VII część zamówienia:

- 1.wartość szacunkowa ustalona przez zamawiającego na kwotę 908.266,41 zł. (bez podatku vat),
- 2.oferta odwołującego została złożona na kwotę 729 993,60 zł. brutto,
- 3.kwota przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia w wysokości 410 670,00 zł.(na otwarciu ofert),
- 4.zamówienie z wolnej ręki wartość zamówienia ustalono (bez podatku vat) na kwotę 733.599, 79 złotych.

Zamawiający przedłożył w poczet dowodów Protokół Negocjacyjny (pomiędzy Zamawiający a PWIK Sp. z o.o. w Kaliszu) z dnia 7 stycznia 2021r. na „odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonych na terenie miasta Kalisza”, na kwotę 477. 716,40 zł brutto (442 330,00 zł netto).

Powyższych ustaleń dokonano na podstawie:

1. Protokołu Postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonego przez zamawiającego,
2. Informacji Prezydenta Miasta Kalisza (zamawiającego) - pismo z 30 grudnia 2020o zamiarze zawarcia umowy z wolnej ręki,
3. Protokołu negocjacyjnego (Zamawiający – PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu) z dnia 7 stycznia 2021r. na „odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonych na terenie miasta Kalisza”
4. Zawiadomienie zamawiającego - pismo z 8 stycznia 2021 o unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie części VII na „odbiór i transport wielkogabarytowych odpadów komunalnych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonych na terenie miasta Kalisza”,
5. Pisma informacyjnego zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 03.02.2021 roku.

Dalszych ustaleń w zakresie przewidzianych kosztów na odbieranie odpadów, w tym wielkogabarytowych, Izba dokonała na podstawie przedłożonych następujących dokumentów (wydruki z budżetu Miasta Kalisza):

1. Uchwała Nr XIII/202/2019 Rady Miasta Kalisza z dnia 8 sierpnia 2019 r. zmieniająca uchwałę w sprawie wyboru metody ustalenia opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz ustalenia stawki takiej opłaty (Dz. Urz. Województwa Wielkopolskiego z dnia 9 sierpnia 2019r. poz.7087) z załącznika wynika, że na rodzaj odpadów – gabaryty – szacunkowy koszt usługi realizowanej przez okres 12-miesięcy uwzględniając średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem to kwota 792.311,44 zł (netto – 733.621,70zł).
2. Uchwała nr XVIII/319/2019 Rady Miasta Kalisza z dnia 30 grudnia 2019r. w sprawie uchwały budżetowej na 2020rok – załącznik – dział – 90002- gospodarka odpadami komunalnymi - 26.000.000,00zł.
3. Uchwała Nr XXXII/474/2020 Rady Miasta Kalisza z dnia 26 listopada 2020r. w sprawie wyboru metody ustalenia opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz ustalenia stawki takiej opłaty, ze wskazaniem zdania z uzasadnienia uchwały „Wydatki Miasta w tym zakresie mogą być pokrywane z opłaty uiszczanej przez mieszkańców”, w myśl rozdziału 3A. gospodarowanie odpadami komunalnymi przez gminę (ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z 13.09.1996r.) a z informacji wstępnej o zamówieniu publicznym – załącznik do uchwały wynika szacunkowa wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług) wynosi 37.106.312,82 zł. w tym wartość zamówień podstawowych 23.106.312,82zł.i wartość zamówień z art.67 ust.1 pkt 6 i 7 pzp 14.000.000,00zł.
4. Uchwała Nr XXXIV/507/2020 Rady Miasta Kalisza z dnia 29 grudnia 2020r. w sprawie uchwały budżetowej na 2021r. – Dz. Urz. Województwa Wielkopolskiego z dnia 13 stycznia 2021 r. poz.483 Zał. Nr 1 Plan Dochodów Budżetu Kalisza na 2021rok str. 22 Dział 90002 Gospodarka odpadami komunalnymi kwota 30.000.000,00zł.

Ustalenia dokonane przez Izbę na podstawie powyższych uchwał budżetu miasta Kalisza na lata 2020r. jak na 2021r. wskazują, że poziom szacowania dokonany przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest prawidłowy. Zarówno kwoty wynikające z szacunku wartości całego zamówienia (siedem części) jak i samej VII części zamówienia, będącej przedmiotem rozpoznawanego sporu, odpowiadają kwotom ujętym w budżecie Miasta na gospodarkę odpadami komunalnymi, a co wynika z powyższych zestawień budżetu miasta Kalisz. Ta okoliczność wskazuje na wywiązanie się prawidłowo zamawiającego z obowiązku jaki nakłada na niego art.32 ustawy pzp z 2004r. co do należytej staranności przy wycenie zamówienia. W toku postępowania odwoławczego zamawiający podnosi zagadnienie, że opierał się na kosztach rzeczywistych na gospodarkę odpadami w sytuacji, gdy na jego rynku zamówieniowym ofertę składa, czy też wygrywa od szeregu lat odwołujący. Niemniej w kontekście brzmienia art.32 ustawy pzp nie zwalnia to zamawiającego z obowiązku należytej staranności przy wycenie szacunkowej wartości zamówienia („całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług”) a wytyczna regulacji ustawowej nie wskazuje na obowiązek odnoszenia się przy ustalaniu szacunku wartości zamówienia na rzeczywistych kosztach ponoszonych w poprzednim, czy też poprzednich okresach. Należyta staranność należy odnosić do jej rozumienia w stosunkach cywilnoprawnych regulowanych kodeksem cywilnym to jest przy uwzględnieniu zasady profesjonalizmu, na co zresztą powołuje się odwołujący w uzasadnieniu odwołania. Kwitując zagadnienie wartości zamówienia, a zwłaszcza jego znaczenia w procesie postępowania zamówieniowego należy stwierdzić, że za jego prawidłowe ustalenie odpowiada zamawiający, a w ocenie Izby stanowi ono informację od zamawiającego dla potencjalnego wykonawcy czy zamówienie wchodzi w sferę zainteresowania skutkującego ewentualnym złożeniem oferty. Bowiem opis przedmiotu zamówienia oraz potencjalne ale realne wynagrodzenie określone przez zamawiającego w trybie art.32 ust.1 pzp decyduje o podejmowaniu decyzji o złożeniu oferty. Nie ma potrzeby w tym miejscu uzasadniania co oznacza dla wykonawcy przygotowanie oferty, można wspomnieć o dwóch zasadniczych parametrach to jest czas i koszt. Potencjalny wykonawca/ofereant zestawiając wymagania zamawiającego (siwz) oraz możliwe do uzyskania wynagrodzenie wykonawcy oraz grę rynkową z innymi potencjalnymi wykonawcami/konkurentami podejmuje decyzję na ile jego oferta może być niższa od szacunku zamówienia. Przy czym każdy racjonalny wykonawca oceniając krytycznie szacunek wynagrodzenia ustalonego przez zamawiającego oraz znając rynek konkurentów, może podjąć ryzyko zaoferowania ceny powyżej szacunku zamawiającego, mając na uwadze treść art.93 ust.1 pkt 4 ustawy, który dopuszcza zwiększenie kwoty wynagrodzenia wykonawcy.

Powyższe wywody Izby oparte są na wiążącym zamawiającego wobec potencjalnych wykonawców szacunku wartości zamówienia/ wynagrodzenie wykonawcy o którym mowa w art.32 ust.1 ustawy. Takie też rozumowanie można z pewnością przypisać odwołującemu, skoro składa odwołanie i domaga się zmiany kwoty podanej przed otwarciem ofert przywołując szacunek wartości zamówienia oraz obowiązujące w poprzednich latach umowy oraz środki finansowe przyjęte do budżetu Miasta Kalisz oraz ich zgodność z rzeczywistym stanem rzeczy co do ponoszonych kosztów przez mieszkańców Miasta.

Natomiast zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie jak i w toku rozprawy pomija w swoich wywodach istnienie jakiegokolwiek związku formalnego czy też merytorycznego pomiędzy pojęciami: „całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy” (art.32 ust.1 ustawy) a „kwotą którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” (art.93 ust.1 pkt 4 ustawy). Izba kwitując wywody formalne i prawne zamawiającego stwierdza, że dla zamawiającego obydwa te pojęcia są bez żadnego związku, relacji, powiązania, czyli prawdopodobnie według zamawiającego służą innym celom, czyli są zupełnie obce sobie.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, zwłaszcza wobec obowiązującej zasady zamówień publicznych co do przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji oraz zgodnie z zasadami przejrzystości (art.7 ust.1 ustawy). Izba w tym zakresie podziela argumentację formalną i prawną odwołującego (przedstawioną w uzasadnieniu powyżej co do treści odwołania) co do traktowania zamawiającego jako przedsiębiorcy, którego zadaniem jest organizacja gospodarki odpadami komunalnymi w związku z art.7 ustawy o samorządzie gminnym. Przy czym Izba wywodzi dalsze skutki rozciągając je na zasadę przejrzystości. W niniejszym przypadku zasada ta oznacza, że potencjalny wykonawca przygląda się zamówieniu i widzi w nim informacje/dane/ parametry zamówienia, które bierze pod uwagę przy decyzji o przygotowaniu i złożeniu oferty. Zamawiający uważa, że całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy(art.32 ust.1 ustawy), to ulotny byt faktyczny, czy też prawny, który przestaje istnieć/obowiązywać zamawiającego, kiedy zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert poda kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art .86 ust.3 ustawy w związku z art.93 ust.1 pkt 4 ustawy). Przyjmując pogląd zamawiającego za własny, należałoby stwierdzić, że kwestia całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy nie podlega zasadzie przejrzystości, ponieważ nie można się jej przyjrzeć, a tym bardziej przyglądać jak w „lustrze wody”. Jednak ku takiemu poglądowi Izba się nie przychyliła, chociażby z racji, że zamówienie publiczne to umowy odpłatne czyli odpłatność to cecha istotna umowy (art. 2 pkt 13) ustawy), a nie tylko opis przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota, która nie może być oderwana od całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wraz z podatkiem vat. Należy również mieć na uwadze, całkowite wynagrodzenie wykonawcy jest podstawą ustalenia wartości zamówienia, które wraz z podatkiem od towarów i usług stanowi bazę do badania rażąco niskiej ceny i skutków z tego tytułu grożących wykonawcom (art.90 ust.1 a i ust.3 w zw. z art.32 ust.1 ustawy oraz art.89 ust.1 pkt 4 ustawy).

Wszystkie powyższe okoliczności faktyczne i prawne w sprawie przesądziły, o uwzględnieniu odwołania i nakazaniu zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części siódmej zamówienia, z uwagi na niespełnienie przesłanek art.93 ust.1 pkt 4 ustawy.

Izba podziela argumentację odwołującego, który odniósł się do lakoniczności, a wręcz braku uzasadnienia faktycznego i prawnego informacji zamawiającego z dnia 08.01.2021r. co do unieważnienia postępowania, wobec wymogu uzasadnienia wynikającego z art.92 ust.1 pkt7) ustawy (chociażby brak jakiegokolwiek dowodu na próbę zmiany kwoty podanej przed otwarciem ofert).

Przy czym Izba nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie VII części zamówienia ma na uwadze brak podstaw formalnych i prawnych unieważnienia postępowania (art.93 ust.1 pkt 4 ustawy) w sytuacji kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w kwocie 410 670,00 zł.(na otwarciu ofert) wobec wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego na kwotę 908.266,41 zł. (bez podatku vat) i potwierdzonej w uchwałach budżetu Miasta [w tym Uchwała Nr XIII/202/2019 Rady Miasta Kalisza dnia 8 sierpnia 2019 r. zmieniająca uchwałę w sprawie wyboru metody ustalenia opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz ustalenia stawki takiej opłaty (Dz. Urz. Województwa Wielkopolskiego z dnia 9 sierpnia 2019r. poz.7087) z załącznika wynika, że na rodzaj odpadów – gabaryty – szacunkowy koszt usługi realizowanej przez okres 12-miesięcy uwzględniając średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem to kwota 792.311,44 zł (netto – 733.621,70zł)] oraz w sytuacji oferty odwołującego złożonej na kwotę 729 993,60 zł. brutto na 2021rok.

Na marginesie Izba nie dokonuje oceny prawnej skutków negocjacji objętych Protokołem Negocjacyjnym z dnia 07.01.2021r. i skutków z niego wynikających pomiędzy Zamawiającym a PWiK sp. z o.o. (zamówienie z wolnej ręki), ponieważ dotyczy on postępowania innego niż objęty przedmiotem sporu (przetarg nieograniczony), a tym bardziej jest to podmiot w ocenie zamawiającego zależny zarówno co do celów strategicznych jak i istotnych decyzji zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Izba przywołując złożony przez zamawiającego protokół z negocjacji miała na uwadze kwotę jaką zamawiający wskazał do negocjacji to jest (bez podatku vat) kwotę 733.599, 79 złotych przystępując do negocjacji z PWiK sp. z o.o. w Kaliszu.

Na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)zasądzono na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 18.600,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie złożonej faktury vat do akt sprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....