

WYROK

z dnia 20 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa
Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Kolnie Sp. z o. o. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kolno w Kolnie

przy udziale wykonawcy M.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne „BŁYSK” M.M. w Łomży

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i skracza do dnia 30 kwietnia 2022 r. okres obowiązywania umowy zawartej przez Gminę Kolno w Kolnie z M.M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne „BŁYSK” M.M. w Łomży na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Kolno w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 30 czerwca 2022 r.;

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Kolno w Kolnie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Kolnie Sp. z o. o. tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gminy Kolno w Kolnie na rzecz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Kolnie Sp. z o. o. kwotę 17.404 zł 86 gr (słownie: siedemnaście tysięcy czterysta cztery złotych osiemdziesiąt sześć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.

Przewodnicząca:

Zamawiający - Gmina Kolno w Kolnie - udzielił w trybie z wolnej ręki na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Kolno w okresie od 01.01.2022 r. do 30.06.2022 r.

30 grudnia 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Kolnie Sp. z o. o. wniósł odwołanie 30 grudnia 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 ustawy przez naruszenie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i proporcjonalności, poprzez zastosowanie przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki pomimo braku ku temu ustawowych przesłanek, skutkującemu udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy oraz przez ustanowienie warunków udziału w postępowaniu nieadekwatnych do wcześniej prowadzonego postępowania oraz skierowanie zaproszenia do negocjacji do uznaniowo wybranego wykonawcy (nie ubiegał się o udzielenie zamówienia w poprzednim postępowaniu, które obejmuje ten sam przedmiot zamówienia);
- 2) art. 18 ust. 1 ustawy w związku z art. 23 ust. 5, art. 213 ust. 2 i art. 262 ustawy przez nieopublikowanie aktualizacji planu postępowań, nieopublikowanie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, niepoinformowanie wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w poprzednio prowadzonym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania oraz nieudostępnienie kompletu załączników do protokołu;
- 3) art. 23 ust. 5 ustawy przez niezapewnienie aktualności planu postępowań o udzielenie zamówień;
- 4) art. 129 ust. 2 ustawy przez bezpodstawny wybór trybu udzielenia zamówienia;
- 5) art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy przez błędne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy w zaistniałym stanie faktycznym nie miała miejsca wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, oraz można było zachować terminy określone dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie postępowania, ewentualnie określenie terminu wykonania zamówienia na okres nie dłuższy niż 3 miesiące;
- 2) niezwłocznego wszczęcia postępowania o udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym (z ewentualnym uwzględnieniem art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy, tj. z wyznaczeniem krótszego terminu składania ofert);
- 3) z ostrożności procesowej - na wypadek, gdyby zamawiający zawarł umowę w wyniku przedmiotowego postępowania - orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy zawartej między Zamawiającym a wybranym wykonawcą do 3 miesięcy od daty jej zawarcia;
- 4) ewentualne nałożenie na Zamawiającego kary finansowej, o której mowa w art. 619 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy.

W zakresie postępowania dowodowego odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania RI.ZP.271.17.2021 „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Kolno w okresie od 01.01.2022 r. do 30.06.2022 r.” (w posiadaniu zamawiającego) oraz RI.ZP.271.11.2021 „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Kolno w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r.” na okoliczności podniesione w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że był uczestnikiem unieważnionego postępowania na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Kolno w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r.” (Dz. U. 2021/S 182473660). Postępowanie zostało unieważnione w 26 listopada 2021 r. na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy - tj. z uwagi na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Biorąc pod uwagę fakt, iż usługa odbioru odpadów komunalnych jest usługą cykliczną, odwołujący oczekiwał informacji o wszczęciu kolejnego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, w szczególności mając na uwadze postanowienia art. 262 ustawy. Podkreślił, iż art. 262 ustawy dotyczy zawiadomienia o wszczęciu kolejnego postępowania, bez względu na jego tryb (konkurencyjny, czy też nie).

Odwołujący powołał, że nie otrzymał od zamawiającego do 17 grudnia 2021 r. żadnej informacji na temat wszczęcia kolejnego postępowania, a ponadto w planie zamówień na stronie zamawiającego do tego dnia nie ukazała się żadna aktualizacja. Wyjaśnił, że zwrócił się do zamawiającego o informację na temat aktualnie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Kolno, o ile takie postępowanie jest prowadzone w jakimkolwiek trybie. Tego samego dnia, na stronie zamawiającego ukazał się zaktualizowany plan zamówień, w którym widniała zmieniona pozycja 2.3.1. 23 grudnia 2021 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego protokół z postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, które zamawiający - jak się okazuje - wszczął 14 grudnia 2021 r. Odwołujący wskazał, że z protokołem z postępowania otrzymał jedynie część wymaganych załączników, brak było potwierdzenia przesłania zaproszenia do negocjacji i protokołu z przeprowadzonych negocjacji).

Zgodnie z protokołem postępowania negocjacje przeprowadzono w 21 grudnia 2021 r. z firmą Usługi Komunalne „BŁYSK” M.M..

Odwołujący podniósł, że z treści udostępnionego przez zamawiającego protokołu z postępowania wynika, że zamawiający wszczął postępowanie na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy na okres od 1 stycznia 2022 r. do 30 czerwca 2022 r. uzasadniając to faktem, iż odbiór odpadów komunalnych powinien być świadczony nieprzerwanie od 01.01.2022 r. oraz, że nie miał możliwości zachowania terminów dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Zdaniem odwołującego, działanie zamawiającego było naruszeniem przepisów ustawy. Od 26 listopada 2021 r. zamawiający miał możliwość wszczęcia postępowania w trybie konkurencyjnym (z ewentualnym skróceniem terminu składania ofert), zaś potencjalne zamówienie „doraźne” (od 1 stycznia 2022 r. do momentu podpisania umowy z należycie wybranym wykonawcą) zawrzeć na okres krótszy - maksymalnie 2-3 miesiące (zakładając, że postępowanie w trybie konkurencyjnym znacznie się przedłuży). Zdaniem odwołującego, zamawiający działał w tym przypadku z naruszeniem ustawy, w celu uniknięcia sformalizowanych trybów postępowania, dając sobie tym nieuprawniony komfort „płynnego” przejścia na przełomie grudnia i stycznia nad znanym wielu zamawiającym samorządowym problemem odbioru odpadów komunalnych na przełomie roku.

Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt „wyboru” konkretnego wykonawcy, do którego skierował zaproszenie do negocjacji. Był to wykonawca, który w ciągu 3 ostatnich lat nie brał udziału w postępowaniach konkurencyjnych na tożsamy przedmiot zamówienia u zamawiającego. Jeszcze bardziej zastanawiające jest, iż - w porównaniu z trybem konkurencyjnym - warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego zostały znacząco ograniczone - wykonawca nie musiał wykazać się posiadaniem polisy ubezpieczeniowej czy doświadczeniem w wykonywaniu zamówienia. Ponadto, okres wykonywania przedmiotowego zamówienia zamawiający ustalił aż na 6 miesięcy, uzasadniając to - zgodnie z protokołem z postępowania - niemożliwością zachowania terminów określonych dla innych trybów. Zdaniem odwołującego okres 6 miesięcy na przeprowadzenie konkurencyjnego trybu postępowania jest stanowczo za długi.

Zarzucił, że do dnia wniesienia odwołania zamawiający nie podjął żadnych kroków, aby wszcząć nowe postępowanie w trybie konkurencyjnym, z możliwością zastosowania skróconego terminu na składanie ofert na podstawie art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy, a ponadto nie skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 213 ust. 2 ustawy i nie przekazał do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Wszystkie te czynności i zaniechania zamawiającego dają podstawę sądzić, iż działał niezgodnie z obowiązującymi przepisami, udzielił zamówienia uznaniowo wybranemu wykonawcy, próbując „ukryć” swe postępowanie tak, aby działając na zasadzie faktów dokonanych - podpisać umowę naruszając wyżej wspomniane przepisy ustawy.

Na wzmocnienie argumentacji odwołujący powołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z 9 maja 2019 r. (KIO/KD 39/19), w której podkreśla się, iż zdarzeniami, których nie można było wcześniej przewidzieć są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Wskazuje się także, iż cechę wyjątkowości należy przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych i niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 stycznia 2015 r., sygn. KIO/KD 115/14).

M.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne „BŁYSK” M.M. w Łomży zgłosiła przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania stronom kopii przystąpienia. Wniosła o oddalenie odwołania.

Zarządzeniem z 10 stycznia 2022 r. Izba zobowiązała zamawiającego o do złożenia odpowiedzi na odwołanie uwzględniającej odniesienie do wszystkich zarzutów odwołania w terminie oraz zobowiązała M.M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne „BŁYSK” M.M. w do złożenia pisemnego stanowiska uwzględniającego odniesienie do wszystkich zarzutów odwołania. Izba zobowiązała do złożenia pism do 14 stycznia 2021 r. do przekazania w tym terminie ich kopii pozostałym uczestnikom sporu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 14 stycznia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania. Opierając się na dowodach z dokumentów z obu postępowań o udzielenie zamówienia wyjaśnił, że 14 grudnia 2021 r. wszczął, jako część zamówienia będącego przedmiotem poprzedniego postępowania, postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na „Odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Kolno w okresie od 01.06. 2022 r. do 30.06.2022 r.” przez przekazanie zaproszenia do negocjacji wraz z informacjami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania wykonawcy M.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne „BŁYSK” M.M.. Szacunkowa wartość ww. zamówienia została ustalona dnia 13 grudnia 2021 r. na podstawie planowanych kosztów i wynosi 785.000,00 zł, co stanowi równowartość kwoty 183.870,98 euro. Negocjacje z zaproszonym Wykonawcą odbyły się w 21 grudnia 2021 r. W trakcie negocjacji wynegocjowano cenę za realizację przedmiotowego zamówienia w wysokości 849.988,52 zł.

Zamawiający wskazał ponadto, że ogłoszenie o zamówieniu publicznym prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Kolno w okresie od 01.2022r. do 31.12.2022 r.” zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 września 2021 r. pod nr 2021/S 182-473660. W tym samym dniu ogłoszenie, wraz z dokumentami postępowania, zostało opublikowane na stronie Zamawiającego.

Szacunkowa wartość zamówienia, ustalona na dzień 13 września 2021 r. na podstawie planowanych kosztów, wyniosła 1.570.000,00 zł, co stanowi równowartość kwoty 367.741,78 euro.

Termin składania ofert upływał 22 października 2021 r. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta odwołującego z ceną 1.663.154,64 zł oraz oferta MPK PURE HOME sp. z o.o. z ceną 1.976.609,39 zł.

28 października 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia KRS, zaś 2 listopada 2021 r. zamawiający skierował do odwołującego wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wyznaczył termin do 15 listopada 2021 r. W odpowiedzi odwołujący 3 listopada 2021 r. poinformował, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę, załączając pismo dotyczące możliwości zmiany stawek za zagospodarowanie frakcji odpadów skierowane przez Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Łomży. Zamawiający 17 listopada 2021 r. ponownie skierował do odwołującego wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które pozostało bez odpowiedzi. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, z powodu nie złożenia w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

26 listopada 2021 r. zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania zostało przekazane w 30 listopada 2021 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Ogłoszenie o wyniku postępowania zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 grudnia 2021 r. pod nr 2021/S 247653860.

Odnosząc się do zarzutów odwołania zamawiający wskazał, że odbieranie odpadów komunalnych jest jego zadaniem własnym finansowanym z dochodów własnych. Kwota na realizację tego celu jest uwzględniana w budżecie i bilansowana w oparciu o przyjęty system gospodarowania odpadów i pobieraną opłatę za gospodarowania odpadami komunalnymi.

Uchwałą nr XXIX/127/12 Rady Gminy Kolno z dnia 14 grudnia 2012 r. postanowiono o odbieraniu odpadów komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy,

a powstają odpady komunalne.

Zamawiający wskazał ponadto na obowiązek zapewnienia stałego odbioru odpadów komunalnych, odbierane frakcje odpadów oraz częstotliwość odbioru. Na tej podstawie wywodził, że natychmiastowe wykonanie zamówienia leżało w interesie publicznym, gdyż, brak odbioru odpadów przez okres niezbędny do wyłonienia wykonawcy w trybie konkurencyjnym. W postępowaniu zaistniała wyjątkowa sytuacja, której zaistnienie nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i której zamawiający nie mógł przewidzieć. Wyjątkowość sytuacji przejawia się w tym, iż koniecznym było udzielenie zamówienia, a prowadzona przez zamawiającego procedura konkurencyjna nie pozwoliła na wyłonienie wykonawcy w odpowiednim terminie, tj. do końca grudnia 2021 r. Niewątpliwie, przebieg postępowania - jego wszczęcie w odpowiednio wcześniejszym terminie tj. 20 września 2021 r. oraz jego porządek, pozwalają przyjąć, iż zamawiającemu nie można postawić zarzutu, że celowo przedłużył procedurę lub, że wszczął je zbyt późno. Istotnym jest, że odwołujący złożył ofertę w uprzednim postępowaniu na odbiór odpadów, a po wezwaniu do złożenia dokumentów i przedmiotowych środków dowodowych, pismem z dnia 03.11.2021 r. oświadczył, że zaferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską, a wykonanie zamówienia nieopłacalne, i nie przedłożył wymaganych w SWZ dokumentów. Oferta drugiego wykonawcy - MPK PURE HOME Sp. z o.o. z Ostrołki znacznie przewyższała kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (tj. o kwotę 276.609,39 zł czyli ponad 16%). Zamawiający podkreślił, że kwota na sfinansowanie zamówienia została założona w budżecie zamawiającego i oszacowana w oparciu o przyjęty system opłat za odbiór odpadów komunalnych oraz środki własne zamawiającego, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w art. 6r ust. 2 i art. 6k ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wobec czego niemożliwym było zwiększenie tych środków. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mogło być przez zamawiającego przewidziane. Od 26 listopada 2021 r. do końca grudnia 2021 r. nie było możliwe przeprowadzenie procedury konkurencyjnej, tak aby wyłoniony wykonawca świadczył usługę od dnia 1 stycznia 2022 r. Nawet gdyby Zamawiający dokonał skrócenia terminu składania ofert, to zgodnie z art. 138 ust. 2 i 4 Pzp, termin ten nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, przy czym zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert o 5 dni krótszy niż określony w ust. 1, jeżeli składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w sposób określony w art. 63 ust. 1 Pzp. Zważyć przy tym należy, że wykonawcom biorącym udział w uprzednim postępowaniu przysługiwało, w terminie 10 dni, prawo wniesienia odwołania od dnia opublikowania wyniku postępowania.

Zamawiający wskazał na art. 6c ust. 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który wszedł w życie w dniu 23 września 2021 r. i wywodził, że okres, na jaki została zawarta umowa po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, pozwala na wywiązanie się przez zamawiającego z obowiązków, jakie nakłada na niego Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, należyte ujęcie kosztów odbierania odpadów w budżecie, oraz przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym (przy uwzględnieniu ewentualnego postępowania odwoławczego). Zamawiający stwierdził, że udzielił tego zamówienia wyłącznie na okres potrzebny do przeprowadzenia procedury konkurencyjnej w 2022 r.

Kolejno zamawiający wskazał, że żaden przepis Pzp nie przewiduje konieczności prowadzenia negocjacji w trybie z wolnej ręki z wykonawcą, który wcześniej brał udział w postępowaniu. Wyjaśnił, że kierując zaproszenie do negocjacji wziął pod uwagę fakt, że wykonawca działa w branży związanej z odbiorem odpadów komunalnych od 1993 r., obsługując szereg aglomeracji miejskich i obszarów wiejskich, w tym m.in. Miasto Łomża, Miasto Białystok, Piątnica, Nowogród, Wizna, co przekłada się na doświadczenie w realizacji tego typu usług.

Zamawiający podniósł, że poszukując rozwiązania w związku z koniecznością unieważnienia postępowania 13 grudnia 2021 r. odbył rozmowę telefoniczną z odwołującym, w której odwołujący miał zaproponować za odbiór odpadów w I półroczu 2022 r. kwotę pierwotnie 896.400,00 zł, a następnie 890.000,00 zł, która to kwota przekraczała kwotę przeznaczoną na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia (1.700.000,00 zł/2x850.000,00zł). Podczas tej rozmowy telefonicznej odwołujący stwierdził, że nie będzie składał pisemnie ofert.

Kolejno zamawiający wskazał, że Pzp nie określa terminu, w jakim zamawiający ma dokonać aktualizacji planu postępowań. Zamawiający, co prawda po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki, lecz niezwłocznie, zaktualizował plan postępowań. Aktualizacje planów, analogicznie jak same plany, zamawiający zobowiązani są zamieścić w BZP i na swojej stronie internetowej, co też Zamawiający uczynił. 17 grudnia 2021 r. zarówno w BZP, jak i na stronie internetowej zamawiającego, opublikowano zaktualizowany plan postępowań o udzielenie zamówień. Zamawiający nie naruszył więc powyższego obowiązku oraz zasady jawności postępowania.

Zamawiający wywiódł, że postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki zostało wszczęte na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, zatem nie dotyczy go obowiązek przekazania do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Podniósł, że art. 213 ust. 2 Pzp stanowi o uprawnieniu zamawiającego, a nie jego obowiązku. Tym samym zamawiający nie naruszył niniejszego przepisu, wskutek czego nie naruszył również zasady jawności postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 262 Pzp zamawiający wskazał, że postępowanie prowadzone w trybie z wolnej ręki było przedmiotowo podobne, jednak obejmowało zmieniony zakres i termin realizacji przedmiotu zamówienia. Podniósł, że pomimo istnienia wyżej wymienionego obowiązku po stronie zamawiającego, brak jego wypełnienia nie jest sankcjonowany w Pzp. Fakt niepoinformowania o toczącym się ponownie postępowaniu ma większe znaczenie przy stosowaniu trybów konkurencyjnych, natomiast w przypadku zastosowania trybu z wolnej ręki, nie może wpływać na ważność tak przeprowadzonego postępowania, tym bardziej biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący uczestniczył w rozmowie telefonicznej w dniu 13 grudnia 2021 r. i znał zamiary zamawiającego, a pełna dokumentacja została przekazana Odwołującemu za pośrednictwem e-mail w dniu 23 grudnia 2021 r.

Kolejno zamawiający wskazał, że art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp nie obliguje go do ustalenia takich samych warunków udziału w postępowaniu, jak w poprzednio prowadzonym postępowaniu konkurencyjnym. Wymóg taki został zawarty jedynie w sytuacji zastosowania trybu z wolnej ręki w przypadku, gdy w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp albo nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W tym wypadku pierwotne warunki zamówienia nie mogą zostać w istotny sposób zmienione.

Zamawiający wywodził, że zgodnie z art. 217 ust. 1 Pzp zamawiający, wraz z zaproszeniem do negocjacji, przekazuje wykonawcy informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pzp nie organizuje sposobu przeprowadzenia negocjacji w ramach zamówienia z wolnej ręki, pozostawiając do decyzji zamawiającego w jaki sposób doprowadzi do udzielenia zamówienia. W doktrynie przyjmuje się, że w treści zaproszenia do negocjacji powinny się znaleźć postanowienia, które są istotne z punktu widzenia zamawiającego. Wobec powyższego, z uwagi na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, zamawiający w zaproszeniu do negocjacji wskazał na konieczne dla prawidłowego zrealizowania przedmiotu umowy, warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający podkreślił, że odwołujący powołując się na zmianę warunków postępowania, nie wskazał, w jaki sposób naruszyło to zasady wyrażone w art. 16 Pzp.

Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp, odwołanie musi zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Wobec powyższego, to na odwołującym ciąży obowiązek uzasadnienia stawianych w odwołaniu zarzutów, w tym przytoczenia okoliczności faktycznych i prawnych. Wykonawca powinien więc wykazać obiektywne okoliczności dotyczące warunków udziału w obu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniające zarzut naruszenia zasad przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że umowa na odbiór odpadów zawarta z przystępującym zawiera regulacje dotyczące zarówno obowiązku posiadania ubezpieczenia, jak również dotyczące wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zabezpieczając interesy zamawiającego i gwarantując należyte wykonanie Umowy.

Na wzmocnienie argumentacji zamawiający powołał orzeczenia Izby wydane w sprawach:

KIO 138/18, KIO 2223/18, KIO 778/20 i KIO 1415/17.

Przystępujący swoje stanowisko w sprawie, zbieżne ze stanowiskiem zamawiającego, przedstawił w piśmie z 14 stycznia 2022 r.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Okoliczności faktyczne powołane w uzasadnieniu odwołania oraz w odpowiedzi na odwołanie opisują stan sprawy zgodnie z rzeczywistością. Wywody stron w tym zakresie Izba przyjmuje za ustalenia własne.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki narusza interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i prowadzi do poniesienia przez niego szkody z uwagi na utratę możliwości konkurencyjnego o zamówienie, a tym samym utratę możliwości uzyskania zamówienia. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie argumenty odwołania są trafne.

Rozpoznanie zarzutów odwołania wymaga w pierwszej kolejności ustalenia strony, na której spoczywa ciężar dowodu w sprawie. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp odwołanie musi zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności, co oznacza, że powinnością dowodową obciążony jest przystępujący.

Izba nie podzieliła tego poglądu. O ciężarze dowodu w postępowaniu odwoławczym stanowi art. 534 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Z powołanego przepisu wynika, że ciężar dowodu w zakresie istnienia przesłanek udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki oraz okresu, na jaki zamówienie to zostało udzielone, spoczywał na zamawiającym. To zamawiający bowiem ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci odstąpienia od udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym i zawarcia umowy z przystępującym na okres 6 miesięcy.

Zarzuty odwołania dotyczą w istocie dwóch zagadnień. Pierwsze z nich zostało objęte zarzutami 1, 4 i 5 i dotyczy bezpodstawnego wyboru trybu z wolnej ręki, w tym wymagań wobec wykonawcy, któremu zamówienie w tym trybie zostało udzielone. Drugie z nich odnosi się natomiast do obowiązków informacyjnych zamawiającego dotyczących: planu postępowań o udzielenie zamówienia, powiadomienia wykonawców, którzy uczestniczyli w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym o zamiarze udzielenia zamówienia oraz przekazania ogłoszenia do publikatora unijnego.

Odnosząc się do pierwszej kwestii wskazać należy, że art. 129 ust. 2 Pzp statuuje zasadę prymatu trybów przetargowych. Przepis ten stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie.

Zamawiający udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Katalog przesłanek zawartych w tym przepisie tworzą zatem: wyjątkowość sytuacji, brak wpływu zamawiającego na jej zaistnienie (sytuacja nie wynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego), niemożność przewidzenia tej sytuacji przez zamawiającego, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia oraz brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przesłanki te muszą być spełnione łącznie, co oznacza, że brak ziszczenia choćby jednej z nich wyłącza możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Odnosząc się kolejno do wymienionych przesłanek stwierdzić należy, że w okolicznościach sprawy nie zaistniała sytuacja o wyjątkowym charakterze. Izba zważyła, że trudności związane z zawieraniem umów na odbiór i zagospodarowanie odpadów na przełomie lat są powszechnie znane. Konieczność zapewnienia odbioru odpadów przez jednostki samorządu terytorialnego nakłada zatem na nie obowiązek wzmożonej zapobiegliwości przy prowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, której

poziom minimalny obejmuje odpowiednio wczesne wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia i jego sprawne przeprowadzenie. Nie można przy tym twierdzić, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest sytuacją wyjątkową, której zamawiający nie jest zobowiązany uwzględniać. Przeciwny wniosek wynika już z samej definicji postępowania o udzielenie zamówienia zawartej w art. 7 pkt 18 Pzp. Przepis ten stanowi in finem, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Ustawodawca zatem - inaczej niż miało to miejsce w przepisach ustawy obowiązującej poprzednio - unieważnienie postępowania uczynił sposobem zakończenia postępowania równorzędnym prawnie z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Potwierdza to również brzmienie art. 254 Pzp. W konsekwencji sam fakt unieważnienia postępowania nie jest de lege lata sytuacją wyjątkową. Przeciwnie, zamawiający planując postępowanie i dążąc do zapewnienia nieprzerwanego świadczenia usług, powinien się z nią liczyć. Skoro możliwość zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia przez jego unieważnienie wynika wprost z przepisów, to zamawiający, który powinien znać przepisy ustawy i prawidłowo je stosować, nie może twierdzić, że jest to okoliczność niemożliwa do przewidzenia.

Po drugie, przyczyny tego stanu rzeczy leżały po stronie zamawiającego. Niezasadnie wskazują zamawiający i przystępujący, że zamiar wycofania się odwołującego z zawarcia umowy na podstawie złożonej przez niego oferty oznaczał, że jest on podmiotem odpowiedzialnym za zaistniałą sytuację. Przede wszystkim dostrzec trzeba, że w praktyce zdarzają się sytuacje, w których wykonawca wybrany przez zamawiającego lub wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę nie zawierają umowy z zamawiającym. Przyczyny tego stanu rzeczy są różne, część z nich wynika z suwerennych decyzji wykonawców, część podyktowana jest okolicznościami o zewnętrznym charakterze, w tym również wzrostem cen mającym znaczenie dla wykonania umowy, który nastąpił już po złożeniu oferty. Sytuacje takie uwzględnił ustawodawca wskazując w art. 263 Pzp wzorzec postępowania zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W badanym postępowaniu odwołujący poinformował zamawiającego, że nie jest w stanie zrealizować zamówienia za cenę podaną w ofercie. Należy zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, że odwołujący do informacji dołączył cennik odbioru odpadów, który nie został jeszcze zatwierdzony i ma teoretyczną możliwość przekazywania odpadów do innych instalacji w regionie. Jednak twierdzenia te Izba uznała za niewystarczające dla oceny, że odwołujący był podmiotem odpowiedzialnym za unieważnienie postępowania. Podczas rozprawy Izba nie uzyskała wiedzy na temat cennika obowiązującego w tych instalacjach oraz posiadania przez nie wolnych mocy przerobowych, z których mógłby skorzystać odwołujący przy wykonaniu umowy. Dowodów w tym zakresie należało oczekiwać od przystępującego, który wskazał na możliwość przekazania odpadów do innych instalacji, niż wskazana przez odwołującego w ofercie. Możliwość zmiany instalacji w toku wykonywania umowy nie ma tu znaczenia, gdyż argumentacja ta dotyczyła możliwości wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, nie zaś obowiązku przekazania odpadów do konkretnej instalacji.

Ponadto Izba zważyła, że zamawiający - pomimo zbliżającego się końca roku i braku wykonawcy, który będzie odbierał odpady od dnia 1 stycznia 2022 r. - prowadził postępowanie opieszale, choć okoliczności powinny mobilizować go do szybkiego zakończenia procedury. Dostrzec trzeba, że wezwanie do uzupełnienia KRS, którego brak jest prosty do stwierdzenia, zamawiający wystosował do odwołującego szóstego dnia od dnia otwarcia ofert. Następnie zamawiający wyznaczył prawie dwa tygodnie na złożenie podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący bez zwłoki - następnego dnia po tym wezwaniu poinformował zamawiającego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, natomiast zamawiający czekał do upływu wyznaczonego terminu, by ponowić wezwanie, a następnie z powodu braku złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia. Od poinformowania zamawiającego przez odwołującego o rażąco niskiej cenie swojej oferty do daty unieważnienia postępowania upłynęło 23 dni, do dnia przekazania informacji o unieważnieniu postępowania 27 dni. Nawet jeśli zamawiający nie zgadzał się, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska, to oświadczenie odwołującego nie pozostawiało żadnych wątpliwości, że nie zawrze on umowy z zamawiającym. Racjonalnym działaniem zamawiającego powinno być w tym przypadku dążenie do jak najszybszego zakończenia postępowania, a to nie nastąpiło. Przyczyny przewlekłości postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym leżały po stronie zamawiającego. Prowadząc w ten sposób postępowanie zamawiający powinien liczyć się z tym, że upływ czasu działa na jego niekorzyść.

Podsumowując Izba uznała, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia nie może być uznane za wyjątkową sytuację. Data unieważnienia tego postępowania, nie pozwoliła na zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W konsekwencji pomimo obowiązku zamawiającego zapewnienia odbioru odpadów od 1 stycznia 2021 r. doszło do naruszenia art. 129 i art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp. Udzielając zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem ustawy zamawiający naruszył również zasady wyrażone w art. 16 Pzp. Wybrany tryb wyeliminował

możliwość uczciwego konkurencyjnego o zamówienie publiczne oraz doprowadził do nierównego traktowania wykonawców.

Co więcej, skoro pomimo opieszałego prowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym zamawiający zakończył je w ciągu dwóch miesięcy, to brak jest podstaw do przyjęcia, że zamawiający potrzebuje 6 miesięcy na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym. To twierdzenie zamawiającego Izba uznała za całkowicie nieuzasadnione i gołosłowne. Nie przekonuje argument wywodzony z art. 6c ust. 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym zamawiający jest obowiązany do ogłoszenia w określony sposób informacji o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wyznaczając jednocześnie termin na złożenie oświadczeń przez właścicieli, nie krótszy niż 60 dni od dnia zamieszczenia tej informacji na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej. Przede wszystkim zamawiający do dnia rozprawy nie wykonał tego obowiązku. Rozprawa nie dostarczyła dowodu na twierdzenie przeciwnie. Izba skonstatowała również, że art. 6c ust. 3e stanowi, że odwołanie oświadczenia, o którym mowa w ust. 3c pkt 1, oraz oświadczenie, o którym mowa w ust. 3b, są skuteczne od dnia, w którym zaczęła obowiązywać następna umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, i nie mogą być odwołane przez okres obowiązywania tej umowy. Z brzmienia powołanej normy należy zatem wysnuć wniosek, że wykonanie obowiązku, wskazanego w art. 6c ust. 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie musi nastąpić przed wszczęciem postępowania w trybie przetargu.

W tej sytuacji sam fakt, że zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia odbioru odpadów od mieszkańców gminy, co oznacza konieczność stałego świadczenia usługi stanowiących przedmiot zamówienia i zapewnienie ich świadczenia od 1 stycznia 2022 r., uznać należy za niewystarczający dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na okres 6 miesięcy. Ponadto należy zwrócić uwagę, że art. 6c ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowi o obowiązku wyłonienia wykonawcy na odbiór odpadów z nieruchomości w trybie przetargu. Przepis ten obowiązywał w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zamawiający wybiórczo powołuje zatem wymagania wynikające z art. 6c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji odwołującego w zakresie ustanowienia warunków udziału w postępowaniu nieadekwatnych do wcześniej prowadzonego postępowania oraz skierowanie zaproszenia do negocjacji do uznaniowo wybranego wykonawcy, który nie ubiegał się o udzielenie zamówienia w poprzednim postępowaniu. Przepisy ustawy nie nakazują zamawiającemu udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki wykonawcom, którzy ubiegali się o dane zamówienie w trybie konkurencyjnym. Nie ustanawia też obowiązku utrzymania wymagań podmiotowych stawianych wykonawcom i wymagań stawianych wykonaniu przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem ich zgodności z przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Zamawiający był zatem uprawniony do skierowania zaproszenia do negocjacji do wykonawcy, który nie uczestniczył w unieważnionym postępowaniu.

Na podstawie oświadczeń stron Izba doszła do przekonania, że w postępowaniu w trybie z wolnej ręki zamawiający odstąpił o części wymagań stawianych we wcześniejszym postępowaniu w celu uzyskania oferty z niższą ceną, mieszczącą się w jego możliwościach finansowych. Konstatacja ta nie wpływa jednak na ocenę, że doszło do naruszenia art. 16, art. 129 oraz art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wywodzenie przez zamawiającego na podstawie rozmowy telefonicznej, że odwołujący zadeklarował zbyt wysoką cenę i oświadczył, że nie będzie składał oferty, nie ma znaczenia dla oceny zarzutów odwołania. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że rozmowa mogła być przez niego odebrana, jak próba rozeznania rynku. Z całą pewnością nie miała ona charakteru zaproszenia do negocjacji w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Taki sposób działania zamawiającego nie poddaje się kwalifikacji prawnej w kontekście prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie dopełnił również obowiązków informacyjnych nałożonych ustawą w związku z wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

Zamawiający naruszył art. 262 Pzp. Przepis ten stanowi, że w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia. Zamawiający i przystępujący wywodzili, że skoro zamawiający skrócił czas wykonania umowy z 12 do 6 miesięcy, nie był zobowiązany do przekazania

informacji o wszczęciu kolejnego postępowania z powodu zmiany jego przedmiotu. Izba nie zgadza się z tym poglądem. Przede wszystkim dostrzec należy, że przedmiot zamówienia i termin jego wykonania na gruncie przepisów ustawy stanowią dwie odrębne kategorie prawne. Wynika to już z art. 134 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp, które odrębnie wskazują jako elementy Specyfikacji Warunków Zamówienia: opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania zamówienia. Przepisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia znajdują się w art. 99 i nast. Pzp. Dotyczą one wymagań zamawiającego o charakterze przedmiotowym, nie zaś terminu, co potwierdza ich rozłączność,

Dostrzec należy, że usługa odbioru odpadów będąca przedmiotem postępowania ma charakter okresowy, zatem czas jej świadczenia nie wpływa na to, co wykonawca będzie świadczył zamawiającemu, lecz wyłącznie na rozmiar świadczenia.

Nie można też pominąć, że art. 262 Pzp in fine zawiera dwie odrębne przesłanki, bowiem kolejne postępowanie może dotyczyć tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmować ten sam przedmiot zamówienia. Ziszczenie jednej z tych przesłanek skutkuje obowiązkiem informacyjny zamawiającego. W konsekwencji nawet przyjęcie nieprawidłowego poglądu zamawiającego musi prowadzić do stwierdzenia naruszenia art. 262 Pzp. Nawet jeśli postępowanie w trybie z wolnej ręki, z czym Izba się nie zgadza, nie obejmowało tego samego przedmiotu co unieważnione postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, to z całą pewnością dotyczyło tego samego przedmiotu zamówienia.

Art. 262 Pzp nie jest przepisem o charakterze wyłącznie formalnym. Jego funkcją jest zwiększenie konkurencyjności postępowań przez przekazanie informacji wykonawcom potencjalnie zainteresowanym zamówieniem. Jego prawidłowe stosowanie jest istotne dla zachowania zasad prowadzenia postępowania - uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości. Poszanowanie tych zasad może zostać zagrożone zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający, który zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki nie dopełni obowiązków informacyjnych. W tej bowiem sytuacji zastosowanie trybu niekonkurencyjnego nie może być poddane kontroli przez wniesienie środków ochrony prawnej na wczesnym etapie. Nie można też pominąć, że stosowanie art. 262 Pzp nie jest ograniczone wyłącznie do konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia. Powołany przepis nie zawiera takiego ograniczenia. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem, w razie unieważnienia postępowania, poinformowanie wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym, o zamiarze wszczęcia kolejnego postępowania niezależnie od planowanego trybu udzielenia zamówienia.

Te same względy wynikające z zasad postępowania o udzielenie zamówienia prowadzą do przekonania, że obowiązek zamawiającego polegający na zapewnieniu aktualności planu zamówień, nie jest spełniony wtedy, gdy informacje o zamówieniu zostaną zamieszczone w planie już po wszczęciu postępowania. Plan zamówień jest źródłem wiedzy o postępowaniach o udzielenie zamówienia, co sprzyja konkurencyjności postępowań. Zamawiający naruszył zatem art. 23 ust. 4 Pzp.

Izba zważyła, że nie można mówić o braku naruszenia przez zamawiającego art. 23 ust. 4 oraz art. 262 Pzp z powodu braku opatrzenia ich sankcją za niedopełnienie przez zamawiającego obowiązków wynikających z tych przepisów. Przede wszystkim zważyć należy, że oba powołane przepisy mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Dodatkowo, odpowiedzi na pytanie o znaczenie tych przepisów dostarczają w sposób nie budzący wątpliwości zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 213 ust. 2 Pzp zamawiający, po wszczęciu postępowania, może przekazać do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, z uwzględnieniem art. 216 ust. 1 Pzp. Ten przepis stanowi z kolei, że zamawiający zamieszcza w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14. Zamawiający nie naruszył art. 213 ust. 2 Pzp już z tego powodu, że podstawa prawna udzielenia zamówienia w badanym postępowaniu nie jest objęta jego zakresem przedmiotowym. Ponadto omawiana norma ma charakter *ius dispositivum*.

Z powyższych względów odwołanie podlegało uwzględnieniu. Naruszenia przepisów ustawy mogły bowiem mieć wpływ na wynik postępowania. Należało zatem rozważyć sankcję, jaka powinna być nałożona na zamawiającego w związku ze stwierdzonymi naruszeniami przepisów ustawy.

Art. 554 ust. 3 pkt 2 Pzp stanowi, że jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 Pzp Izba może:

- a) unieważnić umowę albo
- b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń

spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, albo

c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Izba zważyła, że utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym. Zaprzestanie odbioru odpadów od mieszkańców prowadziłoby do negatywnych konsekwencji, co najmniej społecznych i środowiskowych. Izba nie unieważniła zatem umowy w całości, ani też w zakresie zobowiązań jeszcze niewykonanych. Do rozważenia pozostał zatem wybór między karą finansową i skróceniem okresu obowiązywania umowy. Wybór drugiej z nich podyktowany był rodzajem i powagą stwierdzonych naruszeń. Udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przesłanek zastosowania tego trybu oraz zaniechanie obowiązków informacyjnych stanowią rażące naruszenie przepisów ustawy.

Izba zważyła, że z punktu widzenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasady uczciwej konkurencji, skrócenie okresu obowiązywania umowy jest bardziej adekwatne do stwierdzonych naruszeń niż nałożenie na zamawiającego kary finansowej, gdyż ogranicza byt prawny nielegalnie zawartej umowy. Jednocześnie - uwzględniając podnoszoną przez zamawiającego kwestię jego ograniczonych możliwości finansowych, co uniemożliwiło zamawiającemu zwiększenie środków na sfinansowanie zamówienia w trybie konkurencyjnym - jest to sankcja względniejsza dla zamawiającego.

Brzmienie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c) Pzp wskazuje, że Izba zobowiązana jest orzeczeniem skrócić termin obowiązywania umowy. Wyrok Izby ingeruje zatem bezpośrednio w stosunek prawny między stronami. Ustawa nie przewiduje w tym miejscu nakazania zamawiającemu określonego zachowania. Izba w pkt 1 sentencji uwzględniła zatem odwołanie i skróciła czas obowiązywania umowy. Termin, do którego umowa ma obowiązywać został wskazany datą dla jasności i zrozumiałości sentencji. Czas liczony od dnia ogłoszenia orzeczenia do dnia, w którym umowa zawarta z przystępującym przestanie wiązać zamawiającego, jest wystarczający do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jest to czas dłuższy niż żądany przez odwołującego.

Orzekając o kosztach Izba zważyła, że potwierdzenie znalazły wszystkie zarzuty dotyczące udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Nie podzielono jedynie argumentu dotyczącego tożsamości wymagań stawianych wykonawcy. Z katalogu naruszeń obowiązków informacyjnych objętych jednym zarzutem Izba nie potwierdziła jedynie naruszenia art. 213 ust. 2 Pzp. Oznacza to uwzględnienie odwołania w całości.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był zamawiający. Koszty wynagrodzenia pełnomocnika Izba zasądziła na podstawie oraz § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: