Sygn. akt: KIO 857/22

WYROK

z 14 kwietnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 13 kwietnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 marca 2022 r. przez wykonawcę Transprzęt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabłotcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Lesko z siedzibą w Lesku

orzeka:

1. Uwzględnia zarzuty nr 1 i 2 odwołania.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Lesko z siedzibą w Lesku i:

    3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

    3.2 zasądza od zamawiającego: Gminy Lesko z siedzibą w Lesku na rzecz

    odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego: Transprzęt

    Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabłotcach z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:.....

Sygn. akt: KIO 857/22

Gmina Lesko z siedzibą w Lesku (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów

ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Gminy Lesko”, numer referencyjny: PIK.271.1.3.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 lutego 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem Ogłoszenie nr 2022/BZP 00067458/01.

28 marca 2022 r. wykonawca Transprzęt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabłotcach (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 222 ust. 4 Pzp przez nieadekwatne podanie kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na udzielenie zamówienia,

2. art. 255 pkt 3 Pzp przez unieważnienie postępowania z powodu nieprawidłowego uznania, że Zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia podanej stosownie do art. 222 ust. 4 Pzp, do poziomu ceny oferty najkorzystniejszej, mimo:

   a) zaniechania badania/nieprawidłowego badania możliwości zwiększenia budżetu przez Zamawiającego;

   b) posiadania środków w budżecie gminy na finansowanie zamówienia w wysokości wystarczającej do finansowania zamówienia, czego dowodem była uchwała budżetowa Rady Miejskiej w Lesku L/377/22;

   c) okoliczności, że wykonanie zamówienia stanowiło obligatoryjne zadanie własne gminy (art. 7 ustawy o samorządzie gminnym, dalej: Usg i art. 3 ustawy

   o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, dalej: Upcg) a gmina nie mogła odstąpić od jego wykonania i udzielenia zamówienia, zgodnie z art. 6d Ucpg;

   d) warunki postępowania zostały określone na minimalnym poziomie jakościowym, a ustalone kryteria oceny ofert nie wpływały na jej cenę, w związku z tym nie można było przyjąć, że gmina mogła ograniczyć wymogi jakościowe przedmiotu zamówienia w celu spowodowania obniżenia ceny,

   - co czyniło zaskarżoną czynność Zamawiającego dodatkowo niezgodną z prawem i związku z tym nieważną na podstawie art. 8 w zw. z art. 58 Kc w zw. z art. 7 Usg w zw. z art. 3 i art. 6d Upcg.

3. naruszenie art. 260 Pzp przez niewłaściwe uzasadnienie decyzji Zamawiającego, z którego w żaden sposób nie wynikało wystąpienie przesłanek unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania,

2. rzetelnego badania możliwości zwiększenia kwoty, jaką może przeznaczyć na udzielenie zamówienia, mając na uwadze bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym ustawę o samorządzie gminnym i ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Gminy Lesko” - ogłoszenie

z 24 lutego 2022 r. Przedmiot zamówienia obejmuje usługę powtarzającą się i podlegającą wznowieniom. Odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu nieruchomości zamieszkałych jest zadaniem własnym gminy, co wynika z:

1. art. 7 Usg,

2. art. 3 Ucpg.

System zbiórki powinien być finansowany, co do zasady, że środków z opłaty za zagospodarowanie odpadów komunalnych. Stosownie do art. 2da Ucpg, rada gminy może postanowić, w drodze uchwały, o pokryciu części kosztów gospodarowania odpadami komunalnymi z dochodów własnych niepochodzących z pobranej opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w przypadku gdy:

1. środki pozyskane z opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi są niewystarczające na pokrycie kosztów funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, w tym kosztów, o których mowa w ust. 2-2c, lub

2. celem jest obniżenie opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi pobieranych od właścicieli nieruchomości.

Budżet Zamawiającego wynikający z dochodów z opłat uiszczanych przez właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy i Miasta Lesko wynosi 2 250 000 zł (dwa miliony dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych). Dodatkowo, zgodnie z uchwałą budżetową, na dofinansowanie odbioru odpadów przeznaczono dotację celową z w wysokości 950 000 złotych. Daje to budżet 3 200 000 zł.

Tymczasem Zamawiający podał jako kwotę przeznaczoną na finansowanie zamówienia kwotę 590 000 zł. Oznaczało to, że Zamawiający:

1. zaniżył kwotę, o której mowa w art. 222 ust. 4 Pzp, a ponadto,

2. posiadał środki na zwiększenie budżetu w celu wyłonienia wykonawcy do świadczenia usługi zgodnie z Pzp, a podana kwota przeznaczona na realizację zamówienia była absolutnie nieadekwatna.

Podana przez Zamawiającego kwota na finansowanie zamówienia: 590 000 złotych była zaskakująco niska. W ocenie Odwołującego została podana w celu sztucznego spowodowania wystąpienia ewentualnej przesłanki do unieważnienia postępowania. Zamawiający posiadał na cel realizacji zamówienia „wyznaczone środki" pochodzące z opłat za zagospodarowanie odpadów uiszczanych przez właścicieli nieruchomości, a kwota ta wynosiła 2 250 000 zł rocznie, a ponadto z dotacji celowej udzielonej na ten cel w wysokości 950 000 zł.

Odwołujący wskazał, że możliwość zwiększenia kwoty powinna być badana pod kątem możliwości budżetowych a także mając na uwadze obowiązek zapewnienia realizacji zadania własnego gminy.

W sprawie nie doszło o należytego zbadania możliwości Zamawiającego, na co wskazywały, między innymi sekwencja czynności Zamawiającego:

1. 23 marca 2022 13:42 — podanie kwoty, o której mowa w art. 222 ust. 4 Pzp,

2. 23 marca 2022 14:39 - opublikowanie informacji z otwarcia ofert,

3. 23 marca 2022 14:55 - unieważnienie postępowania.

Warunki zamówienia, w tym OPZ, nie przewidywały kryteriów jakościowych dot. świadczenia usługi (np. wymóg posiadania pojazdów spełniających podwyższone normy emisyjne), również żadne elementy jakościowe przedmiotu zamówienia (które mogłyby wpływać na jego cenę) nie zostały zastrzeżone jako kryteria oceny ofert. Nie można było zatem zakładać, że Zamawiający może obniżyć wymogi zamówienia lub inaczej ustalić kryteria oceny ofert, tak aby mogło to wpłynąć do uzyskanie tańszej oferty.

Zamawiający nie może, w celu osiągnięcia oszczędności, omijać przepisów Pzp, a także ustaw regulujących postępowanie z odpadami. Brak umocowania w przepisach dla sytuacji, w której Zamawiający unika wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na możliwość zawarcia tańszej umowy z trybie z wolnej ręki. Brak jest takiej przesłanki w przepisach Pzp.

13 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Zamawiający wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z

dokumentów:

1. zarządzenie nr 19/11/22 Burmistrza Miasta i Gminy Lesko z 10.02.2022 r., uchwała nr LII/402/22 Rady Miejskiej w Lesku z 3 marca 2022 r., zarządzenie nr 40/111/22 Burmistrza Miasta i Gminy Lesko z 21.03.2022 r. — na wykazanie: treści budżetu Gminy Lesko, w tym wysokości środków planowanych do przeznaczenia w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi, braku możliwości zwiększenia przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej

na sfinansowanie zamówienia,

2. oferta Transprzęt Sp. z o.o. sp.k. w postępowaniu znak PIK.271.6.2020, oferta Transprzęt Sp. z o.o. sp.k. w postępowaniu znak PIK.271.1.1.2021 — na wykazanie: treści ofert składanych przez Odwołującego w dotychczasowych postępowaniach, zawyżenia przez Odwołującego ceny zawartej w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu.

Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zgodnie z art. 222 ust. 4 Pzp, zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia. Skoro tak, to naruszenie tego przepisu mogłoby nastąpić w razie gdyby Zamawiający nie udostępnił wymaganej informacji, udostępnił w inny sposób, niż na stronie internetowej, czy też udostępnił po otwarciu ofert.

W tej sprawie nic takiego nie miało miejsca, a przedmiotem zarzutu było „nieadekwatne podanie kwoty". Oznacza to, że tak skonstruowany przez Odwołującego zarzut w istocie nie odnosił się do treści przepisu wskazanego jako podstawa zarzutu, lecz do bliżej nieokreślonej „adekwatności", a co za tym idzie — wskazany przepis nie mógł zostać naruszony w taki sposób, jaki zarzucił Odwołujący. Zarzut nie odnosił się w żaden sposób w stosunku do czego podanie kwoty miałoby być nieadekwatne. W przypadku kwestii adekwatności zawsze należy określić punkt odniesienia, by to ocenić. Odwołujący nie wskazał takiego punktu, a co za tym idzie tak skonstruowanego zarzutu nie można było uznać za klarowny oraz nadający się do uwzględnienia.

Jak wskazuje się w doktrynie, czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia art. 255 pkt 3 Pzp. Oznaczało to, że wbrew zarzutom Odwołującego sposób oszacowania wartości zamówienia nie mógł być podstawą oceny możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia.

Zarzut Odwołującego sprowadzający się do zakwestionowania braku możliwości zwiększenia przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia był bezzasadny. Jak przyjmuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, to Zamawiający samodzielnie decyduje jaką kwotę może przeznaczyć na realizację danego zamówienia, ma w tym zakresie „pełną autonomię" i w razie odmowy zwiększenia środków na realizację zamówienia nie może to stanowić podstawy jakichkolwiek roszczeń wykonawcy ubiegającego się o realizację zamówienia. Co istotne, tożsame stanowisko zajął również Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do art. 255 pkt 3 Pzp, opublikowanym na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych: „Wyrażenie „może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty" należy interpretować jako uprawnienie zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia".

Mając zatem na uwadze orzecznictwo KIO, a także stanowisko doktryny, należało uznać, że to Zamawiający decydował samodzielnie jaką kwotę może przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. Skoro tak, to w tej sprawie brak było podstaw do żądania od Zamawiającego zwiększenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Niezależnie od powyższego Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący dokonał całkowicie błędnej interpretacji uchwały budżetowej Gminy Lesko na 2022 rok.

Dotacja celowa w wysokości 950 000 zł to nie dotacja, którą Gmina Lesko otrzyma, lecz kwota, którą będzie wydatkować. Wynika to jednoznacznie z § 1 ust. 4 uchwały budżetowej Gminy Lesko nr L/377/22 z 31 stycznia 2022 r. (Dz. Urz. Woj. Podkarpackiego, poz. 712). Pozycja „Dotacja celowa przekazana gminie na zadania bieżące realizowane na podstawie porozumień (umów) między jednostkami samorządu terytorialnego" w kwocie 950 000,00 zł (Dział 900, Rozdział 90002, § 2310) znajdowała się w tabeli „Wydatki" (str. 10 Dziennika Urzędowego). Natomiast próżno szukać takiej pozycji w tabeli „Dochody". Powyższą kwotę dotacji należało zatem nie dodać

do sumy przewidywanych przychodów w wysokości 2 250 000 zł, lecz odjąć od niej, co

ostatecznie dałoby kwotę 1 300 000 zł.

Kwota wydatków w wysokości 1 300 000 zł została ujęta w tabeli wydatków i miała zostać przeznaczona jako wydatki jednostek budżetowych na:

1. wynagrodzenia i składki od nich należne, szczegółowo wskazane w treści uchwały — w łącznej wysokości 75 800 zł, oraz

2. wydatki związane z realizacją statutowych zadań, szczegółowo wskazane w treści uchwały — w łącznej wysokości 1 224 200 zł.

Wydatki w tej ostatniej kwocie zostały wyliczone w treści tabeli na str. 10 uchwały budżetowej. Spośród nich największa była pozycja w kwocie 1 209 900 zł, która zgodnie z pierwotnym brzmieniem uchwały budżetowej miała być przeznaczona na zakup usług pozostałych. To właśnie w tej pozycji mieszczą się wydatki na usługę transportu, odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Lesko będącą przedmiotem niniejszego postępowania, aczkolwiek nie była to ani ostateczna kwota na przedmiotową usługę, ani jedyny wydatek mieszczący się w tej kategorii.

Pierwotna kwota 1 209 900 zł została następnie zmniejszona do kwoty 1 178 494 zł przez wprowadzenie zmian do budżetu polegających na przesunięciu kwot 1 406 zł, 10 000 zł oraz 20 000 zł (łącznie 31 406 zł) Od kwoty 1 209 900 zł należało więc odjąć 31 406 zł, co dawało 1 178 494,00 zł. W załączeniu Zamawiający złożył uchwałę i zarządzenia potwierdzające dokonanie ww. zmian.

Na pozycję „zakup usług pozostałych” § 4300 w kwocie 1 178 494,00 zł składały się następujące pozycje:

1. koszt funkcjonowania Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, na który została zaplanowana kwota 193 833,48 zł,

2. koszt licencji na oprogramowanie informatyczne (system ewidencji opłaty za wywóz odpadów komunalnych) używane w Gminie Lesko, na którą została zaplanowana kwota 2 879,43 zł, oraz

3. koszt usługi transportu, odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Lesko 981 781,08 zł.

Łącznie na cały rok 2022 jako koszt usługi transportu, odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Lesko w budżecie jest więc przewidziana kwota 981 781,08 zł. Następnie, taką kwotę za cały rok wykonywania usługi należało odnieść do okresu, w którym usługa ta byłaby świadczona w razie gdyby postępowanie zostało zakończone wyłonieniem wykonawcy. W okresie od stycznia 2022 do końca kwietnia 2022 Gmina Lesko powierzyła wykonanie usługi transportu, odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na rzecz Leskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. Łączne wynagrodzenie za okres od stycznia do kwietnia z tego tytułu to kwota 211 826,30 zł (a za sam pierwszy kwartał 2022 roku — 171 455,90 zł).

Zamówienie objęte postępowaniem mogłoby więc dotyczyć tylko okresu od maja do grudnia 2022 roku, a część środków przewidzianych w budżecie już została zaangażowana za usługi w okresie wcześniejszym. Mając ten fakt na uwadze, od powyżej wskazanej kwoty zaplanowanej w budżecie na usługi za cały rok 2022 w wysokości 981 781,08 zł należało odjąć kwotę wydatkowaną

w wysokości 211 826,30 zł.

Ostatecznie, z powyższego wyliczenia wynika, że maksymalna kwota, którą Zamawiający może potencjalnie przeznaczyć zgodnie z budżetem na realizację przedmiotowego zamówienia w razie uwzględnienia przez KIO odwołania to 769 954,78 zł. Przy uwzględnieniu wynagrodzenia wypłaconego za przedmiotową usługę tylko za okres od stycznia do marca (171 455,90 zł), kwota możliwa do zaangażowania na przedmiotowe zamówienie bez naruszenia budżetu gminy to 818 325,19 zł. Byłyby to więc kwoty o ok. 300 tys. zł niższe, niż cena zaoferowana przez

Odwołującego. Zamawiający nie dysponował środkami pozwalającymi na zwiększenie kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia.

Zamawiający podniósł ponadto, że cena zaoferowana przez Odwołującego była nieadekwatna również do najbardziej miarodajnej wysokości kosztów poniesionych przez Gminę Lesko na zagospodarowanie odpadów za 2021 rok. Było to odpowiednio:

1. koszt funkcjonowania Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, na który wydatkowano kwotę 197 991,56 zł,

2. koszt licencji na oprogramowanie informatyczne (system ewidencji opłaty za wywóz

odpadów komunalnych) używane w Gminie Lesko, na którą wydatkowano kwotę 4 175,32 zł, oraz

3. koszt usługi transportu, odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Lesko na który wydatkowano kwotę 768 381,72 zł.

Wyraźnie widać więc, że kwota zaoferowana przez Odwołującego wynosząca 1 103 851,80 zł była znacznie wyższa, niż należności zapłacone przez Gminę Lesko za cały 2021 rok.

Zgodnie z § 1 ust. 3 uchwały budżetowej w budżecie gminy został zaplanowany deficyt w wysokości 11 581 260,33 zł. Deficyt ten ma zostać pokryty między innymi z zaciąganych kredytów i pożyczek w wysokości 6 867 254 zł. Okoliczność ta nie mogła pozostać bez znaczenia dla sprawy i powinna skłaniać do przyjęcia, że Zamawiający powinien dążyć do wygospodarowania oszczędności w budżecie w celu zmniejszenia zakładanego deficytu. W takiej sytuacji nie można było Zamawiającemu zarzucać, że nie dokonał zwiększenia kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia.

Z powyższych powodów Zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia kwotę 580 000 zł. Zamawiający podniósł również, że cena, jaką zaoferował Odwołujący była zawyżona i nierynkowa.

Odwołujący sformułował również zarzut odnoszący się do charakteru zamówienia jako obligatoryjnego zadania własnego. Odwołujący błędnie założył, że skoro postępowanie zostanie unieważnione, to będzie automatycznie równoznaczne z brakiem realizacji zadania własnego gminy. W oczywisty sposób pomiędzy tymi zdarzeniami nie można było postawić znaku równości i taka automatyczna zależność nie wystąpi. W szczególności, nic nie stoi na przeszkodzie, by po unieważnieniu jednego postępowania wszcząć następne i wyłonić wykonawcę, który zapewni realizację zadania własnego gminy. Nie można również wykluczyć możliwości, w granicach dopuszczonych obowiązującymi przepisami, realizacji zadania własnego gminy bez trybu przetargu (np. z wolnej ręki do czasu rozstrzygnięcia następnego przetargu). Dlatego też wbrew twierdzeniom Odwołującego zaskarżona czynność nie mogła być uznana za nieważną na podstawie wskazanych przez niego przepisów Usg oraz Ucpg.

Zarzut Odwołującego, jakoby doszło do niewłaściwego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania był bezzasadny. Decyzja o unieważnieniu postępowania została uzasadniona. Odwołujący otrzymał zawiadomienie z 23 marca 2022 r., które zawierała zarówno uzasadnienie prawne, jak i uzasadnienie faktyczne. Uzasadnienie prawne wskazywało właściwą podstawę prawną w postaci art. 255 pkt 3 Pzp. Natomiast uzasadnienie faktyczne zawierało informację o tym, że cena najkorzystniejszej oferty przekraczała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także odwołanie do tego, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie kwoty pierwotnie założonej do kwoty zaoferowanej przez Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że częściowo zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:

1. SWZ z załącznikami,
2. notatki służbowej z 18 lutego 2022 r. z szacowania wartości przedmiotu zamówienia,
3. zawiadomienia z 11 marca 2022 r. o unieważnieniu postępowania,
4. informacji z 22 marca 2022 r. o uwzględnieniu odwołania o sygn. akt KIO 737/22,
5. zawiadomienia z 22 marca 2022 r. o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania z 11 marca 2022 r.,
6. informacji z 23 marca 2022 r. o kwocie przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia,
7. informacji z 23 marca 2022 r. z otwarcia ofert,
8. zawiadomienia z 23 marca 2022 r. o unieważnieniu postępowania,
9. oferty Odwołującego.

Ponadto Izba przeprowadziła dowody ze wszystkich dokumentów wskazanych i załączonych do odwołania oraz do odpowiedzi na odwołanie oraz dokumentów złożonych w charakterze dowodów a toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ):

„Przedmiotem zamówienia jest:

a) odbieranie bezpośrednio z nieruchomości i transport niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odpadów ulegających biodegradacji wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Lesko;

b) odbieranie bezpośrednio z nieruchomości, transport i zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów z wyłączeniem odpadów ulegających biodegradacji wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Lesko;

Przez nieruchomość zamieszkałą należy rozumieć zabudowę zagrodową, jednorodzinną oraz wielorodzinną”.

Zgodnie z notatką służbową datowaną na 18 lutego 2022 r. Zamawiający oszacował wartość ww. przedmiotu zamówienia na kwotę 641 070,00 zł netto. W treści notatki Zamawiający wskazał:

„Zamawiający oszacował wartość zamówienia biorąc pod uwagę średnie ilości odebranych odpadów w okresie 12 miesięcy, aktualne ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie poszczególnych rodzajów odpadów komunalnych, oraz cenę usługi odbioru odpadów zmieszanych otrzymane przez Zamawiającego w ostatnim postępowaniu przetargowym”.

Zamawiający obliczył wartość szacunkową w następujący sposób:

1. Odbiór i transport niesegregowanych, (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odpadów ulegających biodegradacji z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy Lesko:

a) cena jednostkowa netto za 1 Mg: 160,00 zł;

b) szacunkowa ilość odpadów w Mg w okresie 12 miesięcy: 1230 Mg,

c) łączna cena netto: 196 800,00 zł

2. Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie z wyłączeniem odpadów ulegających biodegradacji z nieruchomości zamieszkałych położonych

na terenie gminy Lesko:

a) cena jednostkowa netto za 1 Mg: 753,00 zł;

b) szacunkowa ilość odpadów w Mg w okresie 12 miesięcy: 590 Mg;

c) łączna cena netto: 444 270,00 zł.

23 marca 2022 r. Zamawiający podał informację o kwocie przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia - 580 000 zł brutto.

Biorąc pod uwagę, że Odwołujący zarzucił Zamawiającego celowe zaniżenie ww. kwoty Izba uznała za istotne dla rozstrzygnięcia sprawy następujące okoliczności:

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 lutego 2022 r. Termin składania ofert wyznaczony został na 4 marca 2022 r.

2. 11 marca 2022 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

„1) Fakt wystąpienia wady postępowania

Zamawiający, przed upływem terminu składania ofert, przypadającym na dzień 04.03.2022 godz. 10:00, nie zamieścił na stronie postępowania kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W terminie składania ofert złożono jedną ofertę, która nie została otwarta.

2) Niemożliwość usunięcia wady

Występującą w postępowaniu wadę można by było usunąć poprzez zamieszczenie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednakże przedmiotowe postępowanie jest na etapie, kiedy minął już termin składania ofert, zatem nie ma możliwości zamieszczenia powyższej informacji na stronie postępowania.

3) Niemożliwość usunięcia wady powoduje niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu

Niemożliwość usunięcia wady postępowania oraz dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia doprowadziłoby do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Zgodnie z art. 457 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia.

Wskazana wyżej wada postępowania i brak możliwości jej usunięcia uzasadnia unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt. 6) ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze przedmiotowe postępowanie ulega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

3. Na powyższą czynność 15 marca 2022 r. spółka Transprzęt wniosła odwołanie (sygn. akt KIO 737/22). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp i art. 224 ust. 4 Pzp przez unieważnienie postępowania bez podstawy prawnej w związku z nieprawidłowym przyjęciem, że wada postępowania, z powodu której zamawiający unieważnił postępowanie polegała na zaniechaniu ujawnienia kwoty, o której mowa w art. 224 ust. 4 Pzp przed terminem składania ofert. Zamawiający uwzględnił odwołanie, a następnie Odwołujący je wycofał. W konsekwencji Zamawiający 22 marca 2022 r. unieważnił czynność unieważnienia postępowania.

4. 23 marca 2022 r. Zamawiający:

a) podał kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotu zamówienia - 580 000 zł brutto,

b) opublikował informację z otwarcia ofert w postępowaniu - wpłynęła jedna oferta, złożona przez Odwołującego z ceną 1 103 851,80 zł,

c) unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

W uzasadnieniu ponownego unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał:
„Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt 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 lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Uzasadnienie faktyczne:

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w terminie składania ofert ustalonym na dzień 04.03.2022 r., godz. 10:00, ofertę złożył Wykonawca Transprzęt Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Zabłotce 51, 38-500 Sanok, na łączną kwotę 1 103 851,80 zł. Zamawiający przed otwarciem ofert, udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości: 580 000,00 zł brutto.

Mając powyższe na uwadze przedmiotowe postępowanie ulega unieważnieniu w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Po dokonanej analizie możliwości finansowej jednostki Zamawiający uznał, że nie jest możliwe zwiększenie kwoty pierwotnie przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej”.

W ocenie Izby czynność unieważnienia postępowania stanowiła skutek czynności dokonanych przez Zamawiającego z naruszeniem Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty nr 1 i 2 odwołania potwierdziły się.

Wobec ustalonego i opisanego wyżej stanu faktycznego Izba stwierdziła, co następuje.

Ze względu na sposób w jaki Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia mogła ona być zaniżona. Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że oparł się na cenach z dotychczasowej realizacji analogicznego przedmiotu zamówienia, co wynika również z przytoczonej wyżej notatki służbowej z 18 lutego 2022 r. Zamawiający przyznał przy tym, że nie uwzględnił wzrostu m. in. ceny paliw oraz wzrostu inflacji.

Powyższe nie świadczy jednak o wadliwym czy nieprawidłowym sposobie oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, ale daje podstawę do uznania, że Zamawiający mógł i powinien liczyć się z tym, że cena ofert w postępowaniu będzie wyższa niż kwota szacunkowa. Mimo to Zamawiający przeznaczył na realizację zadania kwotę 580 000 zł brutto, co przy wartości szacunkowej powiększonej o VAT wynoszącej ok. 790 000 zł było kwotą rażąco zaniżoną. Zamawiający nie miał żadnych podstaw by założyć, że wobec istotnego wzrostu inflacji oraz między innymi cen paliw ceny ofert będą niższe niż obliczona na podstawie poprzednio realizowanego zamówienia wartość szacunkowa. Mimo to Zamawiający przeznaczył na realizację kwotę o niemal 30% niższą niż szacunek. Odwołujący wskazywał, że działanie Zamawiającego było zamierzone i miało służyć unieważnieniu postępowania po to, by następnie udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki. Między stronami niesporne było, że Zamawiający znaczącą część umów na realizację usługi odbioru i zagospodarowanie odpadów udziela w trybie niekonkurencyjnym, czego dodatkowym potwierdzeniem była m. in. Umowa nr 42/2022 z 3 stycznia 2022 r. zawarta pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą Leskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Lesku złożona jako jeden z dowodów w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron. Ponadto Odwołujący podniósł, ze względu na charakter przedmiotu zamówienia Zamawiający jest zmuszony go zrealizować.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny powyższe twierdzenie Odwołującego Izba uznała za uprawdopodobnione. Izba doszła do takiego wniosku po analizie poprzedniej czynności unieważnienia postępowania, tj. unieważnienia z 11 marca 2022 r. Zamawiający unieważnił postępowanie jako obarczone nieusuwalną wadą wskazując na fakt, że nie upublicznił kwoty przeznaczonej na realizację zadania. Zaniechanie takie faktycznie byłoby nieusuwalną wadą

postępowania, gdyby Zamawiający dokonał otwarcia ofert w postępowaniu. To jednak nie nastąpiło - Zamawiający unieważnił postępowanie przed otwarciem ofert. Tym samym w toku postępowania nie nastąpiło nic, co mogłoby zostać uznane za podstawę do unieważnienia. Omawiana czynność z 11 marca 2022 r. była zatem pozbawiona podstaw faktycznych

i sprzeczna z art. 255 pkt 6 Pzp.

Pierwsze unieważnienie postępowania nie było objęte zarzutami odwołania, ale biorąc pod uwagę postawiony Zamawiającemu zarzut celowego dążenia do unieważnienia postępowania Izba przeprowadziła dowód z dokumentów dotyczących unieważnienia z 11 marca 2022 r. z urzędu.

Przyczyny i sposób pierwszego unieważnienia postępowania dają podstawy do uznania, że Zamawiający faktycznie celowo i świadomie zaniżył kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotu zamówienia. Pierwsze unieważnienie było bezprawne, ale Zamawiający wobec wniesienia przez Odwołującego odwołania o sygn. akt KIO 737/22 z niej zrezygnował, tj. uwzględnił odwołanie i unieważnił czynność unieważnienia postępowania. W tej sytuacji, kolejne unieważnienie postępowania, w ocenie Izby nastąpiło w wyniku rozmyślnego zaniżenia kwoty przeznaczonej na realizację zadania, co świadczy o konsekwencji w działaniu Zamawiającego.

Dlatego Izba uznała, że zarzut nr 1 potwierdził się. Kwota przeznaczona na realizację przedmiotu zamówienia była nieadekwatna do jego wartości, o czym Zamawiający musiał wiedzieć. W konsekwencji doszło do unieważnienia postępowania na podstawie pozornego wypełnienia się przesłanek określonych w art. 255 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt 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 lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Z powyższych przyczyn potwierdził się również zarzut nr 2 - Zamawiający bezprawnie unieważnił postępowanie uznając, że nie może zwiększyć kwoty na realizację przedmiotu zamówienia, po tym gdy celowo zaniżył tą kwotę.

Mimo uwzględnienia zarzutów nr 1 i 2 Izba odstąpiła od sformułowania nakazu wykonania przez Zamawiającego określonych czynności. Izba nie jest uprawniona do ingerencji w gospodarkę finansową Zamawiającego, dlatego też nie może nakazać zwiększenia środków przeznaczonych na realizację zadania. Ponadto - o ile nie budzi wątpliwości fakt zaniżenia kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia, to nie oznacza to, że obowiązkiem Zamawiającego było zwiększenie tej kwoty do wysokości ceny oferty Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....