

Sygn. akt KIO/KD 6/22

UCHWAŁA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 2 lutego 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gminę Legnickie Pole

Ul. Kiliana Ignaza Dientzenhofera 1

Legnickie Pole

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej znak KD/29/21/DKZP w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

odbior i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Legnickie Pole w 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Justyna Tomkowska

Ryszard Tetzlaff

zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

#### UZASADNIENIE

do uchwały z 2 lutego 2022 r. sygn. akt KIO/KD 6/22

Kontrola udzielenia zamówień publicznych dotyczących odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole w 2020 r. bez stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp2004”, została wszczęta na wniosek nr WK/31/21/DKZP wniesiony pismem z dnia 11 stycznia 2021 r.

W toku kontroli doraźnej ustalono, że Zamawiający - Gmina Legnickie Pole w okresie od 30 grudnia 2019 r. do 30 listopada 2020 r. zawarł następujące umowy w sprawie zamówień publicznych w przedmiocie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole:

1. Odbiór i zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 30 grudnia 2019 r., nr faktury

00261/FVN/2020 o wartości 98 503,45 zł netto (106 383,73 zł brutto) z Przedsiębiorstwem Usługowo-Produkcyjnym i Handlowym „COM-D” Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor

2. Odbiór i zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 24 stycznia 2020 r. nr faktury

000726/FVN/2020 o wartości 97 271,65 zł netto (105 053,38 zł brutto) z Przedsiębiorstwem Usługowo-Produkcyjnym i Handlowym „COM-D” Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor

3. Odbiór i zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 24 lutego 2020 r. nr faktury

001305/FVN/2020 w wartości 104 320,88 zł netto (112 666,53 zł brutto) z Przedsiębiorstwem Usługowo-Produkcyjnym i Handlowym „COM-D” Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor

4. Odbiór i zagospodarowanie odpadów z dnia 31 marca 2020 r. nr faktury

001877/FVN/2020 o wartości 112 747,81 zł netto (121 767,63 brutto) z Przedsiębiorstwem Usługowo-Produkcyjnym i Handlowym „COM-D” Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor

5. Odbiór i zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 24 marca 2020 r. nr faktury

001944/FVN/2020 o wartości 63 482,20 zł netto (68 560,78 zł brutto) nr faktury

KFVN/000028/20 o wartości 30,80 zł netto (33,27 zł brutto), nr faktury 0042206/FVN/2020 o wartości 5 273,73 zł netto (5 695,63 zł brutto) nr faktury 006606/FVN/2020 o wartości 39 716,28 zł netto (42 893,58 zł brutto) z Przedsiębiorstwem Usługowo-Produkcyjnym i

Handlowym „COM-D” sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawo

6. Odbiór i zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 23 kwietnia 2020 r. nr faktury

002170/FVN/2020 o wartości 133 325,40 zł netto (143 991,43 zł brutto) z Przedsiębiorstwem Usługowo-Produkcyjnym i Handlowym „COM-D” Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor

7. Odbiór i zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 20 maja 2020 r. nr faktury 002603/FVN/2020 o wartości 137 336,10 zł netto (148 322,99 zł brutto) z Przedsiębiorstwem Usługowo-Produkcyjnym i Handlowym „COM-D” Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor
  8. Odbiór i zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 23 czerwca 2020 r. nr faktury 003268/FVN/2020 o wartości 127 944,71 zł netto (138 180,29 zł brutto) z Przedsiębiorstwem Usługowo-Produkcyjnym i Handlowym „COM-D” Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor
  9. Odbiór odpadów umowa z dnia 31 lipca 2020 r. nr faktury TE/513/20/RPK o wartości 34 212,96 zł netto (36 950,00 zł brutto) z Rejonowym Przedsiębiorstwem Komunalnym sp. z o.o. w Złotoryi, Aleja Miła 2, 59500 Złotoryja
  10. Odbiór odpadów umowa z dnia 18 sierpnia 2020 r. nr faktury TE/588/20/RPK o wartości 34 212,96 zł netto (36 950,00 zł brutto), nr faktury TE/647/20/RPK o wartości 34 212,96 zł netto (36 950,00 zł brutto), nr faktury TE/675/20/RPK o wartości 34 212,96 zł netto (36 950,00 zł brutto) z Rejonowym Przedsiębiorstwem Komunalnym sp. z o.o. w Złotoryi, Aleja Miła 2, 59500 Złotoryja
  11. Odbiór odpadów umowa z dnia 27 listopada 2020 r. nr faktury TE/728/20/RPK o wartości 45 138,89 zł netto (48 750,00 zł brutto) z Rejonowym Przedsiębiorstwem Komunalnym sp. z o.o. w Złotoryi, Aleja Miła 2, 59500 Złotoryja
  12. Zagospodarowanie odpadów 3 sierpnia 2020 r. nr faktury 2020/08/001190 o wartości 27 900,40 zł netto (30 132,44 zł brutto) z Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce ul. Nadbrzeżna 5a, 58-420 Lubawka
  13. Zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 3 sierpnia 2020 r. nr faktury SK 2020/08/000005 o wartości 544,00 zł netto (587,52 zł brutto) z Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce ul. Nadbrzeżna 5a, 58-420 Lubawka
  14. Zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 29 września 2020 r. o wartości z Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce ul. Nadbrzeżna 5a, 58-420 Lubawka
  15. Zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 1 sierpnia 2020 r. nr faktury 1550/0/2020 o wartości 17 367,78 zł netto (18 757,21 zł brutto) z Legnickim Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica
  16. Zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 1 września 2020 r. nr faktury 1760/0/2020 o wartości 59 307,27 zł netto (64 051,85 zł brutto) z Legnickim Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica
  17. Zagospodarowanie odpadów z dnia 23 września 2020 r. nr faktury 1941/0/2020 o wartości 62 132,32 zł netto (67 102,90 zł brutto) z Legnickim Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica
  18. Zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 27 października 2020 r. nr faktury 2104/0/2020 o wartości 73 930,36 zł netto (79 844,79 zł brutto) z Legnickim Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica
  19. Zagospodarowanie odpadów umowa z dnia 30 listopada 2020 r. nr faktury 2289/0/2020 o wartości 74 105,45 zł netto (80 033,88 zł brutto) z Legnickim Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica
- Kontrola ustaliła, że powyższe umowy zostały zawarte z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp2004 na podstawie Regulaminu zamówień publicznych wprowadzonego Zarządzeniem nr 0050.57.2018 Wójta Gminy Legnickie Pole z dnia 25 maja 2018 r., których wartość nie przekracza kwoty, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji, zsumowana wartość szacunkowa zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych udzielonych wykonawcy COM-D Sp z o.o. z siedzibą w Jaworze, zamówień na odbiór odpadów komunalnych udzielonych wykonawcy Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. w Złotoryi i zamówień na zagospodarowanie odpadów udzielonych wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” Sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce oraz wykonawcy Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy wynosi 1 361 136,30 zł.

Zgodnie z przekazaną dokumentacją, suma kwot z wystawionych faktur przedstawionych przez zamawiającego w związku z ww. zamówieniami, realizowanymi na przestrzeni 12 miesięcy, wynosi 1 417 169,72 zł netto (1 530 543,31 zł brutto).

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 28 kwietnia 2021 r. wskazał, że: Wójt Gminy Legnickie Pole w dniu 19.07.2019 roku Zarządzeniem nr 0050.95.2019 w sprawie powołania Komisji przetargowej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, powstałych na terenie trzech Gmin w województwie Dolnośląskim” rozpoczął procedurę na podstawie art. 19 ust. 2 oraz art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zmierzającą do wyboru Wykonawcy na 2020 rok.

Dnia 30 października 2019 r. Rada Gminy Legnickie Pole podjęła uchwałę nr X. 100.2019 w sprawie zawarcia porozumienia międzygminnego o wspólnym przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, powstałych na terenie dwóch Gmin w Województwie Dolnośląskim” w ramach Grupy Zakupowej Odbioru i Zagospodarowania Odpadów.

Z przyczyn niezależnych od Gminy Legnickie Pole, Gmina Ruja wycofała się z zawarcia porozumienia międzygminnego w dniu 10.12.2019 roku zgodnie z pismem Wójta Gminy Ruja, Gmina Krotoszyce wycofała się w dniu 11.10.2019 roku z zawarcia w/w porozumienia, zgodnie z Notatką z dnia 11.10.2019 zawierającą informację od Gminy Krotoszyce o wycofaniu się z grupy zakupowej.

W związku z powyższym zostały podjęte działania w celu uchylecia uchwały z dnia 30 października 2019 r. nr X.100.2019 Rady Gminy Legnickie Pole w sprawie zawarcia porozumienia międzygminnego o wspólnym przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, powstałych na terenie dwóch Gmin w Województwie Dolnośląskim” w ramach Grupy Zakupowej Odbioru i Zagospodarowania Odpadów oraz Zarządzenia nr 0050.150.2019 z dnia 19.07.2019 r, w sprawie powołania komisji przetargowej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania (...) odpowiednio uchwałą Rady Gminy Legnickie Pole nr XII.II 7.2019 z dnia 20 grudnia 2019 r. oraz Zarządzeniem nr 0050.150.2019 z dnia 31.12.2019.

Następnie dnia 14.01.2020 roku w BZP ogłoszone zostało postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole” (na okres 01.04.2020 do 31.12.2021 roku).

Postępowanie zostało unieważnione w dniu 30.01.2020 r. ponieważ została złożona tylko 1 oferta na kwotę 1 183 966,00 zł brutto a zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 750 000,00 zł brutto. Zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Kolejne postępowanie zostało ogłoszone w DZUUE w dniu 18.02.2020 roku o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole” (na okres 01.05.2020 do 31.04.2022 roku).

Postępowanie zostało unieważnione w dniu 26.03.2020 r. ponieważ została złożona 1 oferta na kwotę 3 443 048,30 zł brutto a Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 2 500 000,00 zł brutto. Zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

W związku z ograniczoną ilością ofert składanych w w/w postępowaniach oraz planowaną kwotą w budżecie zamawiający Gmina Legnickie Pole podjęła decyzję o wyodrębnieniu z dotychczasowego zadania trzech zakresów tj.:

- Odbiór odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole,
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole,
- Dostawę nowych pojemników na odpady komunalne dla mieszkańców gminy Legnickie Pole Dostawę pojemników na odpady lub
- Dostawę używanych pojemników na odpady komunalne dla mieszkańców gminy Legnickie Pole.

Po okresie przymusowej kwarantanny spowodowanej wirusem SARS-CoV-2 w Urzędzie Gminy Legnickie Pole w dniu 10.06.2020 r. ogłoszone zostało w BZP kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole” (na okres 01.08.2020 do 31.07.2021 roku). Ogłoszenie o przetargu znajduje się na Bp.

Postępowanie zostało unieważnione mimo, że w postępowaniu złożono 2 oferty. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. kwotę 350 000,00 zł brutto. Cena najkorzystniejszej oferty wynosiła 740 309,46 zł brutto. Zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 10.06.2020 ogłoszone zostało w BZP postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole” (na okres 01.07.2020 do 30.06.2021 roku). Zamawiający unieważnił postępowanie, gdyż przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 650 000 zł brutto. Cena najkorzystniejszej oferty wynosiła 1 152 452,88 zł brutto. Zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

W informacji o wyniku postępowania z dnia 29 grudnia 2021 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP) stwierdził naruszenie przepisów: art. 5b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa Pzp2004” oraz art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie łącznego szacowania wartości w ramach udzielania zamówień na usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z tereny gminy Legnickie Pole w 2020 roku, a w rezultacie dopuszczenie się przez Zamawiającego podziału zamówienia mającego za przedmiot odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu gminy Legnickie Pole na odrębne zamówienia, co doprowadziło do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Prezes UZP wziął pod uwagę, że zamawiający zawarł ww. umowy w konsekwencji uchylecia uchwały Nr X.100.2019 Rady Gminy Legnickie Pole z dnia 30 października 2019 r. w sprawie zawarcia porozumienia międzygminnego o wspólnym przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, powstałych na terenie dwóch Gmin w Województwie Dolnośląskim” w ramach Grupy Zakupowej Odbioru i Zagospodarowania Odpadów” oraz uchylecia Zarządzenia nr

0050.150.2019 z dnia 19 lipca 2019 r. w sprawie powołania komisji przetargowej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, powstałych na terenie trzech Gmin w Województwie Dolnośląskim”.

Ustalił również, że zamawiający wskazał na brak rozstrzygnięcia przetargów ogłoszonych w dniu 14 stycznia 2020 r. i w dniu 18 lutego 2020 r. (znak spraw: ROG.271.04.2020.U.PN) oraz następnie dwóch przetargów ogłoszonych w dniu 10 czerwca 2020 r. (ogłoszenie nr 550039-N-2020, ogłoszenie nr 550011-N-2020).

Ponadto, w notatkach służbowych dotyczących umów zawartych w okresie od kwietnia 2020 r. zamawiający w uzasadnieniu wyboru sposobu udzielenia przedmiotowych zamówień wskazywał na okoliczność wystąpienia sytuacji związanej z pandemią koronawirusa SARS COVID-19.

Prezes UZP przytoczył podstawy prawne będące fundamentem dla ustalenia istnienia naruszeń przytaczając treść art. 4 pkt 8, art. 32 ust. 1, art. 5b ust. 2, art. 32 ust. 4, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z 2004 i zważył, że szacowanie wartości przedmiotu zamówienia powinno być przeprowadzane z uwzględnieniem reguł wynikających z ustawy Pzp2004, z których nadrzędną jest zakaz zaniżania wartości zamówienia w celu uniknięcia obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp2004. Zakazane są zatem wszelkie działania związane ze sposobem obliczania wartości zamówienia, w tym podział zamówienia na części lub na odrębne zamówienia, mające na celu uniknięcie obowiązku stosowania przepisów ustawy. Wartość zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32-35 ustawy Pzp2004. Należy przy tym podkreślić, że nie jest zakazany ewentualny podział zamówienia na części lub odrębne zamówienia, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Prezes UZP wskazał także na treść art. 10 ustawy Pzp2004, w którym ustawodawca informuje, iż podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, przy czym zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Wskazał, że obowiązek zorganizowania odbioru odpadów komunalnych przez gminę wynika bezpośrednio z treści art. 6c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. 2021 poz. 888), zwanej dalej „upcg”, zgodnie z którym gminy są zobowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Kluczowym dla niniejszej sprawy jest wynikający z art. 6c ust. 1 upcg bezwzględny obowiązek zorganizowania przez wójta,

burmistrza lub prezydenta miasta przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Art. 6g upcg wprost wskazuje, iż do przetargów stosuje się ustawę Prawo zamówień publicznych.

Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wymagając przeprowadzenia przetargu i określając sankcje za jego nieprzeprowadzenie, nie dopuszcza praktycznie innego sposobu wyłonienia wykonawcy tej usługi - tryb zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczony tylko w jednym, awaryjnym przypadku, gdy na skutek rozwiązania umowy na odbieranie odpadów komunalnych konieczne jest zapewnienie odbierania odpadów do czasu rozstrzygnięcia przetargu.

Jak wynika z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji, uchylono uchwałę i zarządzenia dotyczące zawarcia porozumienia międzygminnego i zarządzenie o powołaniu komisji przetargowej. Wskutek powyższego, zamawiający zawarł umowę na okres jednego miesiąca (styczeń 2020 r.) z dotychczasowym wykonawcą, na podstawie propozycji cenowej z dnia 18 grudnia 2019 r. złożonej przez PUPiH „COM-D” Sp. z o.o.

Następnie, nie zważając na fakt, że termin realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu gminy Legnickie Pole będącej przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego w dniu 14 stycznia 2020 r. został ustalony na okres od dnia 1 kwietnia 2020 r., zamawiający udzielił zamówienia w tym przedmiocie powtórnie wyłącznie na okres jednego miesiąca, w oparciu o przepis art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004, w drodze Umowy nr OR.272.01.2020.WH z dnia 24 stycznia 2020 r.

Jak ustalono w toku kontroli, zamawiający działał w taki sposób na przestrzeni 12 miesięcy, szacując wartość zamówień w perspektywie miesięcznej, czy dwu- lub trzymiesięcznej, a zatem w sposób skutkujący uniknięciem stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie kontrolującego, zamawiający mający od początku wiedzę, że przedmiotowa usługa będzie świadczona w okresie dłuższym niż jeden miesiąc, zważywszy na czas potrzebny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, i przewidujący konieczność udzielenia zamówienia w tym przedmiocie, dzieląc zamówienie na części bez łącznego szacowania ich wartości, działał w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Prezes UZP wskazał również, że wartość zamówień na usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych już w perspektywie dwóch miesięcy przekraczała wskazany w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004 próg bagatelności, wynosząc przykładowo dla okresu luty — marzec 2020 roku w sumie 201 592,53 zł netto, co stanowi równowartość 47 219,11 euro.

Biorąc pod uwagę okoliczności zawarcia przedmiotowych umów przedstawione przez zamawiającego, tj. uchylene w dniu 20 grudnia 2019 r. uchwały powołującej grupę zakupową oraz zarządzenia w sprawie powołania komisji przetargowej do przygotowania i

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie brak rozstrzygnięcia ogłoszonych w tym przedmiocie przetargów, Prezes UZP wskazał, że przetarg nieograniczony oraz ograniczony pomimo, że są trybami podstawowymi udzielania zamówień, nie są jedynymi możliwościami udzielenia zamówienia jakie przewiduje ustawa Pzp2004. Spełniając bowiem warunki określone w odpowiednich przepisach ustawy, w okolicznościach danego stanu faktycznego, zamawiający mają prawo korzystać także z innych trybów udzielenia zamówienia publicznego, o których mowa w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp2004. Do trybów tych należy m.in. negocjacje bez ogłoszenia, czy tryb zamówienia z wolnej ręki. Jeżeli zatem, jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie odbioru i zagospodarowania wydłużało się z przyczyn niezależnych od zamawiającego, a zamówienie to wymagało pilnej realizacji, nie było przeszkód do zawarcia umów w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo w trybie zamówienia z wolnej ręki. Tym samym pilna potrzeba udzielenia zamówienia ze względu na zaistniałe okoliczności nie uzasadnia braku stosowania przepisów ustawy Pzp2004, jeżeli wartość szacunkowa zamówienia przekraczała równowartość kwoty 30 000 euro.

W zaistniałych okolicznościach, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe udzielenie zamówienie, zamawiający mógł rozważyć udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004.

Zamawiający nie skorzystał z możliwości udzielenia zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotowe zamówienia zostały udzielone z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp2004, na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004.

Suma kwot z wystawionych faktur, przedstawionych przez zamawiającego w związku z zrealizowanymi zamówieniami dotyczącymi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole wynosi 1 417 169,72 zł netto.

A zatem, wartość udzielonego zamówienia (koszt zrealizowanych usług na przestrzeni 12 miesięcy), przekroczyła kwotę 30 000 euro, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004.

Kontrolujący dodał, że również sytuacja związana z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 nie zwalniała zamawiającego ze stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązująca od 8 marca Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020 poz. 374r) co do zasady nie wyłącza stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując Prezes UZP uznał, że zamawiający naruszył przepis art. 5b ust. 2 ustawy Pzp2004 oraz art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp2004 przez zaniechanie łącznego oszacowania wartości zamówień na usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu

gminy Legnickie Pole, które pierwotnie miały być objęte postępowaniem o udzielenia zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, powstałych na terenie dwóch Gmin w Województwie Dolnośląskim” w ramach Grupy Zakupowej Odbioru i Zagospodarowania Odpadów. W konsekwencji zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004, przez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Legnickie Pole w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami przejrzystości oraz udzielenie zamówień publicznych wykonawcom, którzy nie zostali wybrani na zasadach określonych w ustawie Prawie zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp2004.

Informacja o wyniku kontroli została zamawiającemu doręczona w dniu 4 stycznia 2022 r.

Zamawiający w dniu 11 stycznia 2022 r. pismem z dnia 10 stycznia 2022 r. nadał pismo zawierające zastrzeżenia w placówce pocztowej operatora publicznego. Wpływ zastrzeżeń do Prezesa UZP miał miejsce w dniu 14 stycznia 2022 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli, w których podniósł, że wartość szacunkowa zamówienia przeprowadzona została na podstawie art. 34 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych. Obliczeń za odbiór i transport oraz obliczeń za zagospodarowanie dokonano na podstawie faktur z 2019 roku.

Zamawiający zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp2004 ustalił wartość zamówienia z niezwykłą starannością przy uwzględnianiu całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy bez podatku od towarów i usług. Zamawiający zapewnił i podkreślił z całą odpowiedzialnością i sumiennością wagę zastosowania się do art. 32 ust. 2 ustawy Pzp2004. Zamawiający dokonał wyodrębnienia zakresów odbioru, transportu i zagospodarowania oraz zakup pojemników w celu uatrakcyjnienia ofert i szczegółowego wykazania przez wykonawcę składowych, które mają wpływ na wysokość oferty. Wykonawcy podnoszą, że w cenie muszą ująć ryzyko związane z wykonaniem umowy i obciążają tym zamawiającego co wpływa na wysokość oferty.

Zamawiający zakwestionował zarzut naruszenia art. 5b ust. 2 ustawy Pzp2004, ponieważ wyodrębnienie zamówienia spowodowane było złożonymi ofertami, które w znaczny sposób przewyższały kwoty jakie Gmina Legnickie Pole mogła przeznaczyć na sfinansowanie zadania. Dodatkowo w każdym z postępowań składana była jedna oferta i to przez tego samego wykonawcę pomimo tego, iż na lokalnym rynku nie ma monopolu i działa przynajmniej 4 potencjalnych wykonawców.

Następnie zamawiający podkreślił, że: nie kierowała myśl lub chęć dzielenia zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy PZP i uniknięcia łącznego szacowania ich wartości czy obniżenia wartości tym bardziej, iż we wskazanym okresie 11 miesięcy zamawiający przeprowadził ich aż 8.

Tym samym zamawiający nie zgodził się również z: zarzutem naruszenia przepisu art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004 ponieważ do ustalenia wartości szacunkowej w postępowaniu brana była pod uwagę wartość wszystkich części zamówienia na podstawie 2019 roku w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów. Jedynym celem było zorganizowanie przetargów nieograniczonych, zaproszeniem do składania ofert nieograniczonego kręgu podmiotów, zmotywowania większej niż dotychczas liczby „1” podmiotów, które pozwolą na wyłonienie najlepszego pod każdym względem wykonawcy.

Zamawiający stwierdził, że zależało mu przede wszystkim, aby w postępowaniu, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogli składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, większe grono spośród których zostanie wybrana oferta najkorzystniejsza. Cytowany przepis art. 10 ustawy Pzp2004 umożliwia skorzystanie z innych trybów, jednak tryb nieograniczony w tym konkretnym przypadku i terminie drastycznego wzrostu cen zdaniem zamawiającego był celowy i najskuteczniejszy.

Zamawiający w końcu wskazał, że: zrealizował swoje założenie ponieważ do ostatniego postępowania w 2021 r. o udzielenia zamówienia na odbiór i transport przystąpiło już „2” wykonawców a cena najkorzystniejszej oferty okazała się bardzo atrakcyjna i adekwatna do kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotowego zadania i możliwości finansowych Gminy Legnickie Pole.

Zdaniem zamawiającego, zamawiający w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 przy zachowaniu wszystkich reguł przeprowadził postępowania (8 ogłoszeń o zamówieniu) o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W odniesieniu do zarzutu do art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 zamawiający podkreślił, że udzielił zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W dalszej części zastrzeżeń zamawiający wskazał, że: Rozpad grupy zakupowej był kluczowym momentem dla dalszego ciągu zdarzeń. Podkreślił, że była to sytuacja incydentalna do tej pory niespotykana w działalności Gminy Legnickie Pole, z którą zamawiający musiał się zmierzyć po raz pierwszy. Obsługa mieszkańców w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów musiała zostać zorganizowana i dlatego została podpisana umowa z wykonawcą na podstawie Regulaminu zamówień publicznych.(...)\*

Odpowiadając w kwestii zawarcia umowy nr OR.272.01.2020.WH w dniu 24 stycznia 2020 roku na realizację usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu gminy Legnickie Pole po dniu 14 stycznia 2020 r. zamawiający wyjaśnił, że: to rozwiązanie było podyktowane

koniecznością zapewnienia mieszkańcom gminy odbioru odpadów i zachowania odpowiednich warunków sanitarnoepidemiologicznych w okresie do 1 kwietnia 2020 r., czyli do czasu rozpoczęcia współpracy z wybranym w postępowaniu wykonawcą.

Zamawiający wskazał, że: działał w taki sposób przez okres 12 miesięcy ponieważ w tym okresie prowadził 8 postępowań, które wg założenia miały wyłonić wykonawcę w ramach przetargów nieograniczonych, które to zdaniem zamawiającego były najskuteczniejszym i najsprawiedliwszym trybem wyboru.

Zamawiający stwierdził, że: unieważnienie postępowania lub jej części jest zdarzeniem, na które zamawiający nie ma bezpośrednio wpływu. Nie można więc stawiać mu zarzutu, że doszło do podziału zamówienia z przyczyn leżących po jego stronie. (...)- Zamawiający prowadził postępowania zgodnie z Regulaminem zamówień publicznych obowiązującym w Urzędzie Gminy i wartość szacunkowa ustalana była na podstawie tegoż Regulaminu przy uwzględnieniu danych historycznych i w żadnym przypadku szacunkowa wartość zamówienia nie przekroczyła wartości 30 000 euro.

Zdaniem wnoszącego zastrzeżenia wybór trybu z wolnej ręki w okresie zawirowań cenowych w zagospodarowaniu odpadów dyktowanych przez zarządzających Regionalnymi Instalacjami Przetwarzania Odpadów Komunalnych nie przyniósłby wymiernych korzyści ekonomicznych dla zamawiającego. Jak w przypadku pozostałych trybów można mówić o zachowaniu przynajmniej minimalnej konkurencji, to w trybie z wolnej ręki, z uwagi na występowanie tylko jednego wykonawcy, nie istnieje ona w ogóle. (...)

Zamawiający dodał także, że: sytuacja związana z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 miała decydujący wpływ na decyzje zamawiającego dotyczące zawierania umów z wykonawcami od marca 2020 roku szczególnie przez pryzmat zachowania warunków sanitarnych i spokoju społecznego, które to w tym okresie zostały mocno zachwiane.

Konkludując, zamawiający wskazał, że: Jedynym motywem jakim kierował się przy realizacji wyłonienia wykonawców w 2020 roku był cel kosztowy, ograniczenie nakładów dla zadania odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów. Cel przez zamawiającego został osiągnięty. W porównaniu do drugiego przetargu (3 443 048,20 zł brutto/3 187 998,40 zł netto) a sumą kwot z wystawionych faktur za 2020 rok 1 417 169,72 zł netto przy uwzględnieniu 12 miesięcy kwota

oszczędności wyniosła około 200 000 zł.

W dniu 26 stycznia 2022 r. Prezes UZP po zapoznaniu się z zastrzeżeniami podtrzymał dotychczasowe stanowisko o stwierdzeniu naruszeń przez zamawiającego.

W odniesieniu do powyższych zastrzeżeń zamawiającego, w pierwszej kolejności Prezes UZP wskazał za treścią uzasadnienia Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 grudnia 2021 r., że przedmiotem niniejszej kontroli doraźnej nie są przeprowadzone przez zamawiającego w roku 2020, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, lecz umowy, które zostały zawarte w roku 2020 z pominięciem ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004, na krótki czas (w taki sposób, aby wartość nie przekraczała tzw. progu bagatelności), pomiędzy ww. postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, mające za przedmiot odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole. Tym samym powyższa argumentacja zamawiającego dotycząca szacowania wartości zamówień objętych przetargami nieograniczonymi oraz kwestii wyodrębniania części w ich zakresie jest irrelevantna wobec naruszeń stwierdzonych w przekazanej zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 grudnia 2021 r.

Kontrolujący stwierdził, iż fakt, że usługi będące przedmiotem kontrolowanych zamówień były przedmiotem równolegle prowadzonych i unieważnianych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego nie zwalnia zamawiającego ze stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym przepisów dotyczących szacowania wartości zamówienia. Brak rozstrzygnięcia postępowania lub unieważnienie postępowania są okolicznościami powszechnie występującymi w procesie udzielania zamówień publicznych i nie stanowią same w sobie przesłanki wyłączającej stosowanie przepisów ustawy Pzp.

Nie podlega podważeniu kwestia, że gmina miała obowiązek zapewnienia mieszkańcom odbioru odpadów i zachowania odpowiednich warunków sanitarno-epidemiologicznych. Jednakże obowiązek ten winien być wykonywany przy zachowaniu najwyższej możliwej staranności przy udzielaniu zamówień, w tym także szacowaniu ich wartości, w taki sposób, aby postępować zgodnie z przepisami określonymi w ustawie Pzp i jednocześnie nie naruszać obowiązków wynikających z innych przepisów.

W przedmiotowej sprawie trudno mówić o zachowaniu przez zamawiającego należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówień, skoro z dokumentacji kontrolnej sprawy wyraźnie wynika, że ustalenie wartości zamówień udzielanych obok prowadzonych postępowań przetargowych dokonywano za każdym razem oddzielnie na każdy miesiąc, świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

A zatem podniesiony przez zamawiającego w zastrzeżeniach do wyniku przedmiotowej kontroli argument, że w żadnym przypadku szacunkowa wartość zamówienia nie przekroczyła wartości 30 000 euro, nie może zasługiwać na uwzględnienie, gdyż w wyniku kontroli doraźnej zarzucono zamawiającemu zaniechanie łącznego szacowania wartości zamówień udzielanych w kolejnych miesiącach na przestrzeni 12 miesięcy, pomiędzy prowadzonymi w trybie przetargu nieograniczonego postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego w tym samym przedmiocie. Wobec czego w świetle przedmiotowej sprawy nieistotny jest fakt, że wartość pojedynczych umów nie przekraczała 30 000 euro, od której to wartości uzależniony jest obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp.

Kontrolujący przypomniał za ustaleniami dokonanymi w toku tej kontroli doraźnej, że zamawiający Gmina Legnickie Pole w okresie od 30 grudnia 2019 r. do 30 listopada 2020 r. zawarł bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych 17 umów w sprawie zamówienia publicznego w przedmiocie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych 2, na łączną kwotę 1 417 169,72 zł netto.

Zgodnie z ustaleniami Urzędu, zamawiający w tym samym okresie czasu wszczął 4 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych<sup>3</sup>, które to postępowania zamawiający unieważnił. Jak natomiast wynika z treści wniesionych zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej, zamawiający udzielił zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w trybie przetargu nieograniczonego dopiero w 2021 roku.

Powyższe wskazuje, że zamawiający przez cały rok 2020 udzielał zamówień na bardzo krótki czas — w pierwszym półroczu 1 miesiąca, a w drugim 1, 2 lub 3 miesięcy — faktycznie w ten sposób omijając regulacje ustawy Pzp2004.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający miał lub co najmniej powinien mieć wiedzę, że przedmiotowa usługa będzie świadczona w okresie dłuższym niż jeden miesiąc. Wynikało to tak z potrzeb zamawiającego, jak i czasu potrzebnego do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie bowiem ze Sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r. średni czas trwania postępowania o zamówienie o wartości nieprzekraczającej progów unijnych w 2019 r. w przypadku trybu przetargu nieograniczonego wynosił 41 dni, zaś dla usług 40 dni. Podobnie, według danych UZP publikowanych w roku 2019, średni czas trwania przetargu nieograniczonego w 2018 r. wynosił 40 dni (lub 39 dla usług).<sup>7</sup> Zatem zważając choćby na czas potrzebny na rozstrzygnięcie jednego z tych 4 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, oraz jednocześnie przewidując dalszą konieczność udzielenia zamówienia w tym przedmiocie, należało uznać, że zawierając ww. umowy bez łącznego szacowania ich wartości, zamawiający działał w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Bez wątpienia, w tym stanie faktyczny zamawiający powinien agregować przedmiotowe zamówienia w taki sposób, by uwzględnić co najmniej czas potrzebny do przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Tymczasem zamawiający, przewidując, że usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zgodnie z terminem jej realizacji wyznaczonym w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego w dniu 14 stycznia 2020 r. będzie świadczona dopiero od dnia 1 kwietnia 2020 r., zawarł w tym okresie 3 umowy, w oparciu o przepis art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004. W ten sam sposób zamawiający działał w kolejnych

okresach, nie łącząc jednostkowych zamówień, lecz zawierając umowy o na okres 1, 2 lub 3 miesięcy, w każdym przypadku szacując wartość zamówienia w taki sposób, by nie przekraczała progu bagatelności.

Przy czym, jak zauważył sam zamawiający, świadczenie przedmiotowych usług jest wysoko wyceniane przez rynek wykonawców. Stąd wartość zamówień na usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych już w perspektywie dwóch miesięcy przekraczała wskazany w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004 próg bagatelności, wynosząc przykładowo dla okresu luty — marzec 2020 roku w sumie 201 592,53 zł netto, co stanowi równowartość 47 219,11 euro .

Mając na uwadze ustalenia faktyczne oraz prawne dokonane w toku kontroli doraźnej należy Prezes UZP stwierdził, że na gruncie przedmiotowej sprawy istnieją wyraźne przesłanki świadczące o tym, że zamawiający Gmina Legnickie Pole podzielił zamówienie pomiędzy postępowaniami przetargowymi na wiele małych postępowań, co doprowadziło do udzielenia zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów z pominięciem przepisów ustawy Pzp2004, w tym trybów wskazanych w art. 10 ustawy Pzp2004, w sytuacji gdy suma kwot z faktur wystawionych za usługi świadczone pomiędzy przetargami przekracza próg określony w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004 (30 000 euro), obowiązujący w dacie udzielania kontrolowanych zamówień.

Ponownie kontrolujący przytoczył brzmienie przepisów ustawy Pzp z 2004 tj. art. 4 pkt. 8, art. 32 ust. 1, art. 5bn ust. 2, art. 32 ust. 4, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 10 ustawy.

Mając na uwadze argumentację zamawiającego dotyczącą braku zasadności skorzystania z udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, z uwagi na jego niekonkurencyjny charakter, Prezes UZP wskazał, że jednakowoż ustawa Pzp2004 praktycznie nie przewiduje innej możliwości w przypadku okoliczności przedmiotowej sprawy. Istotnie, jest to tryb wyjątkowy, którego zastosowanie na gruncie przedmiotowej sprawy winno być traktowane jako rozwiązanie awaryjne. Niemniej jednak udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej umowy jest stosowane, przyjęte w praktyce i nie budzi zastrzeżeń w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowania zamawiającego polegającego na udzielaniu pojedynczych zamówień bez stosowania przepisów ustawy Pzp ze względu na brak rozstrzygnięcia czy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia nie można usprawiedliwić tym, że dopuszczalny na gruncie przepisów ustawy Pzp2004 tryb zamówienia z wolnej ręki nie jest trybem konkurencyjnym, i jak wskazano w zastrzeżeniach nie przyniósłby wymiernych korzyści ekonomicznych dla zamawiającego.

Nie można również przychylić się do argumentu zamawiającego, że w wyniku zawarcia umów z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp2004 będących przedmiotem niniejszej kontroli, zamawiający osiągnął swój cel kosztowy, jako że w porównaniu kosztów związanych

z udzieleniem zamówienia objętego drugim z ogłoszonych przetargów — kwota oszczędności wyniosła około 200 000

Kontrolujący wskazał tutaj, że stwierdzone naruszenie ma znaczenie systemowe — skutkiem ustalenia szacunkowej wartości zamówienia w sposób nieprawidłowy było bowiem niezastosowanie przepisów ustawy Pzp2004 ustanawiających ramy proceduralne obowiązujące w stosunku do udzielania zamówienia o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne. Powyższe w konsekwencji doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp2004.

Zamawiający natomiast we wniesionych zastrzeżeniach pomija rolę właściwego szacowania wartości zamówienia. Takie stanowisko należy natomiast zakwestionować, bowiem właściwe oszacowanie wartości zamówienia ma istotne znaczenie dla stosowania przepisów ustawy, tak obecnie obowiązującej, jak ustawy Pzp2004.

W tym kontekście Prezes UZP również wskazał, że

- po pierwsze - celem przepisów ustawy Pzp jest m.in. zapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przestrzeganie zasad proporcjonalności i przejrzystości. Zatem stosowanie przepisów ustawy Pzp, w tym także udzielania zamówień we wskazanych w niej trybach (w przypadku, gdy wartość zamówienia przekracza próg stosowania ustawy określony w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004) ma zapewnić realizację tych zasad.
- po drugie wskazał, że jeżeli zamawiający udzielając zamówień, o których mowa w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie stosował przepisów ustawy Pzp2004, to nie mógł również realizować zasad w niej przedstawionych, a w szczególności nie mógł udzielić tych zamówień wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy, o czym mowa w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004.

Ponownie Prezes UZP podniósł, że sytuacja związana z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 nie zwalniała zamawiającego ze stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązująca od 8 marca Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020 poz. 374r) co do zasady nie wyłącza stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazał, że zacytowany w zastrzeżeniach fragment uzasadnienia z postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

26 marca 2021 r. sygn. akt KIO/W 32/31, dotyczący braku zasadności udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji epidemii COVID19, nie może stanowić odniesienia dla oceny przedmiotowej sprawy. Ww. postanowienie zostało bowiem wydane w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze prowadzone w wyniku wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na

gruncie kontrolowanej sprawy nie jest też kwestią sporną udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, lecz zawarcie umów z pominięciem przepisów ustawy Pzp2004, w sytuacji gdy wartość zamówienia przekraczała wartość 30 000 euro, od której to wartości uzależniony jest obowiązek stosowania ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu i zamawiającego zważyła, co następuje:

Izba dla podjęcia przedmiotowej uchwały poczyniła następujące spostrzeżenia:

Izba stoi na stanowisku, że kluczowe dla wyrażanej opinii znaczenie ma fakt, że usługa odbioru jak i usługa zagospodarowania odpadów są usługami powtarzającymi się okresowo, gdyż w ramach jednego stosunku zobowiązaniowego (umowy) wykonawca ma spełnić szereg świadczeń jednorazowych (odbiorów odpadów, unieszkodliwienia odpadów), przy czym mogą one nie składać się na całość z góry określoną (zamawiający często są w stanie określić szacunkową, a nie pewną ilość odpadów do odbioru czy zagospodarowania), nie mniej jednak wykonanie świadczeń jednorazowych następuje powtarzalnie w regularnych odstępach czasu, zgodnie z harmonogramami odbioru odpadów (vide W. Czachórski „Zobowiązania. Zarys wykładu” Warszawa 1995 str. 55). Tym samym do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia na usługi powtarzające się okresowo ma zastosowanie art. 34 ust. 1 ustawy Pzp z 2004, który przewiduje dwa sposoby szacowania:

- pierwszy jako łączną wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawiających usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem
- drugi jako łączna wartość zamówień tego samego rodzaju, których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze.

Przepis art. 34 ust. 2 ustawy Pzp z 2004 stanowi nadto, że wybór podstawy ustalenia wartości szacunkowej zamówienia na usługi powtarzające się okresowo nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania ustawy.

I zamawiający prawidłowo te przepisy stosował w odniesieniu do prowadzonych przez siebie postępowań o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający jednak tak w toku kontroli jak i w zastrzeżeniach w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego zamówienia na świadczenie usług doraźnych tj. świadczonych do czasu wyboru wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, szacował z pominięciem powołanych powyżej przepisów.

Izba zwraca uwagę zamawiającego na fakt, że zamawiający udziela zamówienia doraźnego na czas niezbędny na przeprowadzenia i ukończenie procedury konkurencyjnej, nie oznacza, że zmienia się charakter prawny świadczenia, świadczenie pozostaje świadczeniem okresowym szacowanym w okresie 12 miesięcy lub w okresie roku budżetowego, a świadczenie doraźne jest jedynie świadczeniem częściowym w ramach świadczenia okresowego, do którego jak słusznie zauważył Prezes UZP zastosowanie ma art. 32 ust. 4 ustawy.

Tym samym fakt, że zamawiający udzielał świadczenia na okres 1, 2 lub 3 miesięcy w celu umożliwiania sobie wyboru wykonawcy w trybie ustawowym i jednocześnie zapewnienia mieszkańcom nieprzerwanego odbioru odpadów, nie zmieniał faktu, że podstawą dla ustalenia czy ustawa Pzp z 2004 r. ma w odniesieniu do postępowania doraźnego zastosowanie czy nie, była wartość szacunkowa zamówienia na usługę okresową i szacowną z uwzględnieniem wartości z ostatnich lub następujących 12 miesięcy.

Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, że dla całej usługi odbioru jak i dla usługi zagospodarowania czy także usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, która jest mu niezbędna dla realizacji obowiązków wynikających z działalności komunalnej, wartość usługi wyszacowana z należytą starannością przekracza co najmniej próg bagatelności obligujący zamawiającego do zastosowania ustawy Pzp. Świadczy o tym dobitnie fakt, że zamówienia na świadczenie usługi w przetargu nieograniczonym zamawiający ogłaszał trzykrotnie w Biuletynie Zamówień Publicznych i jeden raz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zamawiający jednak z niewyjaśnionych przyczyn uznał, że zamówienia doraźne nie stanowią elementu większej całości i nie podlegają sumowaniu i ustaleniu łącznej wartości zamówienia zgodnie z art. 32 ust. 4 w związku z art. 34 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby to podejście było wadliwe i doprowadziło zamawiającego do naruszenia przepisów ustawy wskazanych przez Prezesa UZP w informacji o wyniku kontroli.

Izba nie zgadza się z zamawiającym, że konkurencyjności postępowania, ani korzyści ekonomicznych nie przyniosłoby zamawiającemu zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia, czy zamówienia z wolnej ręki. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, że zamawiający udzielił 17 umów odpowiednio na odbiór i zagospodarowania, a następnie osobno na odbiór i osobno na zagospodarowanie 4 różnym podmiotom, co oznacza, że w przypadku świadczenia usługi odbiorowej jak i usługi zagospodarowania zamawiający mógł prowadzić negocjacje z 4 podmiotami – na ten fakt zresztą zwraca uwagę sam zamawiający w zastrzeżeniach. W negocjacjach, to zamawiający wybiera krąg podmiotów, które zaprasza do udziału w negocjacjach, co prawda nie ma wpływu na to, kto z wykonawców zgłosi swój udział, ale na pewno

zwiększa szansę na udział więcej niż jednego podmiotu. Nie jest też tak,

że w trybie z wolnej ręki zamawiający nie może osiągnąć korzyści ekonomicznej, to bowiem zależy od zdolności negocjacyjnych obu stron. Tryb z wolnej ręki nie jest bowiem trybem, w którym zamawiający ma pozostać bierny i akceptować każdą ofertę wykonawcy, przeciwnie ma prawo określić warunki negocjacji, a także unieważnić postępowanie, jeśli cena oferty przekracza jego możliwości finansowe.

Przed wszystkim jednak tryby te są trybami wyboru wykonawcy określonymi w przepisach ustawy, a więc zamawiający może zamieścić w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, a także zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, co pozwala innym, potencjalnie zainteresowanym dostępem do zamówienia, wykonawcom na skorzystanie ze środków ochrony prawnej przede wszystkim w zakresie wyboru trybu postępowania.

Jest to element realizacji zasady przejrzystości postępowania, a także podkreślanej już przez kontrolującego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Natomiast w sytuacji, gdy zamawiający dzieli zamówienie w taki sposób, że oblicza wartość szacunkową dla świadczenia okresowego tylko z okresu jego doraźnego świadczenia i uzyskuje wartości poniżej progu bagatelności, to w ten sposób pozbawia innych wykonawców możliwości sprawowania kontroli nad postępowaniem, a siebie naraża na zarzuty naruszenia przepisów ustawy.

Nawet idąc dalej i przyjmując, że wartość szacunkowa zamówienia doraźnego powinna być szacowana tylko z uwzględnieniem czasookresu trwania tego zamówienia, to rację również należy przyznać kontrolującemu, że zamawiający udzielając zamówień miesięcznych, czy dwumiesięcznych pomijał całkowicie, to czy rzeczywiście w tak krótkich okresach czasu ma realną szansę na wybór wykonawcy w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego. Już sam fakt, że pierwsza umowa ze stycznia 2021 była zawarta na 1 miesiąc, a zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym początek świadczenia miał rozpocząć się z dniem 1 kwietnia 2021 r., świadczy, że już wówczas zamawiający nie gwarantował sobie ciągłości realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów na czas niezbędny do ukończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Izba w tym zakresie podziela stanowisko Prezesa UZP, że zamawiający celowo skracał niezbędny okres zawarcia umowy, aby uniknąć stosowania ustawy. Co więcej umowy zawierane po czerwcu 2021 r. poza ustawą, były zawierane już po dwóch unieważnionych postępowaniach, więc zamawiający miał świadomość trudności z doбором wykonawcy w przetargu nieograniczonym z uwagi na własną zdolność finansową i oczekiwania wykonawców. Tym bardziej zatem, gdyby działał z należytą starannością powinien był kalkulować ryzyko, że do udzielenia zamówienia publicznego w reżimie ustawy może nie dojść nawet w trzymiesięcznym okresie czasu.

W konsekwencji należało stwierdzić, że zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: