

WYROK
z dnia 3 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2023 r. przez wykonawcę K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe EcoTech K. W. z siedzibą w Stopnicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Nowe Brzesko,

przy udziale wykonawcy M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.
2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądzić od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych 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 (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Nowe Brzesko (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy i Miasta Nowe Brzesko w okresie od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r. oraz odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych” (Nr referencyjny: RliR-III.271.14.2023, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 28 lipca 2023 r. pod numerem: 2023/S 144-458331.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

5 września 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

15 września 2023 r. wykonawca K. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe EcoTech K. W. z siedzibą w Stopnicy (dalej: „Odwołujący” lub „EcoTech”) wniósł odwołanie od powyższej czynności oraz zaniechań Zamawiającego objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm., dalej: „k.c.”) i w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp – polegające na bezprawnym unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na skutek bezprawnego zaniżenia kwoty, jaką Gmina zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w stosunku do kwoty, jaką posiada na ten cel;
- 2) art. 239 ustawy Pzp – polegające na zaniechaniu oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania;
- 2) przeprowadzenia badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania EcoTech podniósł, że Zamawiający przed otwarciem ofert wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1 430 000,00 zł brutto, a cena oferty Odwołującego wynosi 1 500 081,12 zł brutto. Tymczasem kwota na realizację przedmiotu zamówienia w zakresie gospodarki odpadami jest jawna i zgodnie z art. 6r ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1469, dalej: „u.c.p.g.”) *koszt (...) zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych jest pokrywany z pobranych przez gminę (od właścicieli nieruchomości) opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi*. Natomiast w myśl art. 6r ust. 1 powołanej wyżej ustawy opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi stanowi dochód gminy (jest zatem częścią budżetu gminy).

Kolejno Odwołujący wskazał, że z udostępnionej na podstawie art. 3 ust. 2 pkt 10 oraz art. 9tb u.c.p.g. przez Zamawiającego w kwietniu 2023 r. „Analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Nowe Brzesko za 2022 r.” (załączonej do odwołania) wynikają następujące fakty.

Po pierwsze – wpłaty od mieszkańców w 2022 r. wyniosły 1 779 770,43 zł (powinny wynieść 2 003 773,48 zł) zaś różnica w kwocie stanowi należności pozostałe do zapłaty na dzień 31 grudnia 2022 r. (wyniosły one łącznie 270 350,47 zł, w tym z tytułu: zaległych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi – 239 725,67 zł, odsetek w kwocie 27 065,44 zł i kosztów upomnień w wysokości 3 559,36 zł).

Po drugie – zakres usługi świadczonej w 2022 r. i 2023 r. (tj. objętej przedmiotem zamówienia) jest porównywalny.

Nadto Odwołujący podkreślił, że mając na uwadze, iż z pobranych opłat na zagospodarowanie odpadami komunalnymi gmina pokrywa koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, które obejmują

koszty: – odbierania, transportu, zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych; – odbierania i zagospodarowania odpadów z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych; a cały ten zakres został scedowany w 2024 r. w opisie przedmiotu zamówienia na wykonawców, to kwota podana przed otwarciem ofert na sfinansowanie zamówienia jaką zamierza przeznaczyć Zamawiający powinna odpowiadać kwocie zebranych opłat od mieszkańców w 2023 r. (34 zł x 4971 mieszkańców x 12 miesięcy) pomniejszona o koszty Gminy określone w analizie (215 319,50 zł). Zatem – w ocenie EcoTech – kwota podana przed otwarciem ofert powinna wynosić 2 028 168,00 zł brutto - koszty z analizy za 2022 r., tj. 1 812 848,50 zł brutto. Tymczasem – jak podkreślił Odwołujący – Zamawiający zaniżył o ponad 380 000 zł brutto kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (opłaty zebrane od mieszkańców nie mogą być wykorzystywane na inny cel).

Zdaniem EcoTech Zamawiający powiela wielokrotnie ten sam schemat działania w celu wyboru konkretnego wykonawcy. Otóż w 2022 r. Gmina Nowe Brzesko poinformowała, że przeznaczyła na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 319 221,68 zł (faktycznie z analizy wynika, że dysponowała wyższą) i następnie unieważniła postępowanie z uwagi na to, że najtańsza oferta (złożona wówczas przez EcoTech) wyniosła kwotę 1 524 927,60 zł brutto. Następnie po około dwóch miesiącach, Zamawiający powtórzył to samo postępowanie i również poinformował o kwocie przeznaczonej na sfinansowania zadania jak poprzednio (1 319 221,68 zł), jednak tym razem ofertę najkorzystniejszą złożył wykonawca M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M.J. z siedzibą w Krakowie za kwotę 1 707 183,00 zł brutto i tym razem Gmina zwiększyła kwotę przeznaczoną do podanej wartości i udzieliła zamówienia (informacja o kwocie przeznaczonej i wyborze oferty najkorzystniejszej z postępowania w 2022 – załączone do odwołania). W ocenie Odwołującego działaniu takie Zamawiający zamierza powtórzyć w tym roku.

EcoTech podniósł, że mając na uwadze powyższe, a także uwzględniając wzrost cen w bieżącym roku wywołany inflacją nie jest możliwe, aby Zamawiający zdecydował o zmniejszeniu kwoty z wykonania zamówienia obecnie realizowanego za ponad 1 700 000,00 zł brutto do kwoty 1 430 000,00 zł brutto, w szczególności że wpływy od mieszkańców na realizację zamówienia objętego niniejszym odwołaniem po odjęciu kosztów ponoszonych przez zamawiającego wynosiły 1 812 848,50 zł brutto.

W ocenie Odwołującego Gmina Nowe Brzesko w 2021 r. udzielając zamówienia na 2022 r. i w 2022 r. udzielając zamówienia na 2023 r. w sposób celowy i nieuprawniony zaniżała kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia po to, aby wybrać konkretnego wykonawcę i tym samym wpływać w sposób niedopuszczalny na wynik postępowania przez z góry planowane unieważnienie Postępowania.

W złożonej pismem z dnia 26 września 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie określonym w ustawie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia rzeczowego wniosku – o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp, w szczególności nie zaistniała podstawa wskazana w pkt 3 wyżej wymienionego przepisu. Wbrew stanowisku Zamawiającego, które zostało wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, nie sposób uznać, że przedmiotem rozpoznawanego odwołania jest czynność polegająca na poinformowaniu wykonawców o kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którą to informację EcoTech pozyskał już w dniu 30 sierpnia 2023 r. przed otwarciem ofert. Należy bowiem podkreślić, że odwołanie zostało skierowane wobec czynności unieważnienia Postępowania z dnia 5 września 2023 r. na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp dokonanej na skutek bezprawnego – w ocenie Odwołującego – zaniżenia kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i brak zwiększenia tej kwoty, co wynika z treści odwołania i zostało również potwierdzone przez EcoTech na posiedzeniu niejawnym.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Przystępujący” lub „MIKI”).

Należy zauważyć, że Odwołujący podczas posiedzenia niejawnego zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy MIKI do postępowania odwoławczego wskazując, że – w jego ocenie – wykonawca ten nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił tj. Zamawiającego. Izba działając na podstawie art. 526 ust. 2 i 3 ustawy Pzp postanowiła oddalić opozycję zgłoszoną przeciw wniesionemu przystąpieniu. Izba podziela stanowisko odnośnie szerokiego rozumienia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje dany wykonawca. W doktrynie wskazuje się, że w przypadku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego chodzi o jakąkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje wygra postępowanie odwoławcze (tak: A. M. [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. M. J., D.G.-S., J. J., A. M., Warszawa 2023). W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy Izba uznała za wystarczające uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę MIKI w piśmie z dnia 18 września 2023 r. odnośnie wykazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Przystępujący, który był drugi w kolejności w rankingu ofert, wskazał bowiem, że „(...) ma interes w tym, aby odwołanie zostało oddalone, ponieważ Odwołujący zaskarżył czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania. W przypadku pozytywnego rozstrzygnięcia na rzecz Zamawiającego przetarg zostanie unieważniony, a Zamawiający ponownie ogłosi przedmiotowe postępowanie. Przystępujący będzie mógł zatem ponownie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a w przypadku złożenia najkorzystniejszej oferty będzie realizował przedmiotowe zamówienie publiczne. Negatywne rozstrzygnięcie dla Zamawiającego będzie natomiast powodowało, to że Przystępujący dozna uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą)”. Mając na uwadze powyższe zasadnym było przyjęcie, że Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem

zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zamawiający w „Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania” z dnia 5 września 2023 r. podał uzasadnienie prawne i faktyczne w następującym brzmieniu:

„Zamawiający dnia 28.07.2023 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy i Miasta Nowe Brzesko w okresie od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r. oraz odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych” w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego tj. 30.08.2023 r. do godz. 10:00 wpłynęły 3 oferty.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę: 1 430 000,00 zł. Ceny złożonych ofert to: (1) 1 500 081,12 zł, (2) 1 716 276,82 zł, (3) 1 507 053,60 zł.

Złożone oferty przekraczają kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację tego zamówienia.

Zgodnie z art. 255 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

(...)”.

W treści protokołu postępowania w poz. nr 3 wskazano: „wartość zamówienia wynosi 1 631 100,00 zł, co stanowi równowartość 366 243,03 euro zamówienia w tym uzupełniające: 2 446 650,00 zł, co stanowi równowartość 549 364,55 euro”.

Zamawiający w dniu 30 sierpnia 2023 r. przed otwarciem ofert poinformował o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 1 430 000,00 zł.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 30 sierpnia 2023 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone 3 oferty:

1) wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe EcoTech K. W. z siedzibą w Stopnicy za łączną cenę brutto 1 500 081,12 zł;

2) wykonawcy Ekom Maciejczyk sp. j. z siedzibą w Nowinach za łączną cenę brutto 1 716 276,82 zł;

3) wykonawcy M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J. z siedzibą w Krakowie za łączną cenę brutto 1 507 053,60 zł.

31 sierpnia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00064573/05/P zamieszczony został zaktualizowany Plan postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w 2023 r., z treści którego wynika, że orientacyjna wartość przedmiotowego zamówienia została określona na kwotę 2 000 000,00 zł.

W dokumencie pn. „Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Nowe Brzesko za 2022 r.” (dalej: „Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi”) wskazano m.in.:

➤ „Usługę w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Nowe Brzesko w roku 2022 świadczyła firma - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J., z siedzibą: ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków”.

➤ „Opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi na terenie Gminy Nowe Brzesko powstającymi na nieruchomościach zamieszkałych stanowił iloczyn liczby mieszkańców zamieszkujących daną nieruchomość oraz stawki opłaty”.

➤ „Na terenie Gminy Nowe Brzesko w 2022 roku obowiązywały następujące stawki miesięczne za gospodarowanie odpadami komunalnymi:

- stawka opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi w wysokości 34 zł miesięcznie od osoby,
- zwolnienie z części opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi właścicieli nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi jednorodzinnymi kompostujących bioodpady stanowiące odpady komunalne w kompostowniku przydomowym w wysokości 4,00 zł od osoby (...).”

➤ Liczba osób objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami na podstawie złożonych w Urzędzie Gminy i Miasta Nowe Brzesko deklaracji wyniosła w 2022 r. 4 937.

➤ Dochody wykonane w ramach gospodarki odpadami komunalnymi w 2022 r. wyniosły 1 779 770,43 zł, natomiast należności pozostałe do zapłaty na dzień 31 grudnia 2022 r. z tytułu opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi wyniosły 239 725,67 zł.

➤ W tabeli pn. „Dochody” w poz. nr 1 (pkt 12 analizy) wskazano „Przypis (opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi) – 2 003 773,48 zł.

➤ Wydatki wykonane w ramach gospodarki odpadami komunalnymi w 2022 r. za: utrzymanie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (dalej: „PSZOK”), wynagrodzenie pracownika PSZOK, obsługę administracyjną systemu oraz wynagrodzenia i ZFŚS (bez pracownika PSZOK) wyniosły łącznie 215 319,50 zł.

Zgodnie z „Zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej” z dnia 14 grudnia 2022 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy i Miasta Nowe Brzesko w okresie od 01.01.2023 r. do 31.12.2023 r. oraz odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych” wybrana została oferta wykonawcy M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” M. J. z siedzibą w Krakowie za łączną cenę brutto 1 707 183,00 zł.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 255 pkt 3 ustawy Pzp „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) 3) 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”.

Przepisy zawarte w art. 6r u.c.p.g. stanowią, że:

➤ Opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi stanowi dochód gminy (ust. 1).

➤ Środki z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi nie mogą być wykorzystane na cele niezwiązane z

- pokrywaniem kosztów funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi (ust. 1aa).
- Z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina pokrywa koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, które obejmują koszty: 1) odbierania, transportu, zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych; 2) tworzenia i utrzymania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych; 3) obsługi administracyjnej tego systemu; 4) edukacji ekologicznej w zakresie prawidłowego postępowania z odpadami komunalnymi (ust. 2).
 - Z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina może pokryć koszty wyposażenia nieruchomości w pojemniki lub worki do zbierania odpadów komunalnych oraz koszty utrzymywania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym (ust. 2a).
 - Z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina może pokryć koszty utworzenia i utrzymania punktów napraw i ponownego użycia produktów lub części produktów niebędących odpadami (ust. 2aa).
 - Z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina może pokryć koszty usunięcia odpadów komunalnych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania i magazynowania w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (ust. 2b).

Mając na uwadze brzmienie przytoczonego powyżej przepisu art. 255 pkt 3 ustawy Pzp należy wskazać, że w pierwszej kolejności zamawiający powinien ustalić, czy możliwe jest zwiększenie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Wniosek ten wynika z występującego w komentowanym przepisie zastrzeżenia „chyba że”. Unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu powinno być zatem poprzedzone ustaleniem możliwości zwiększenia kwoty, którą pierwotnie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia i którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Zamawiający powinien w każdym przypadku zweryfikować swoje możliwości w tym zakresie, biorąc pod uwagę charakter i okoliczności udzielanego zamówienia oraz uwzględniając wiążące go przepisy i zasady dotyczące gospodarowania środkami finansowymi. Należy przy tym zgodzić się z poglądami wypracowanymi w orzecznictwie Izby, że możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia pozostaje w gestii zamawiającego. Przy czym słusznie w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 września 2017 r. o sygn. akt KIO 1878/17 wywiedziono, że sformułowanie, iż zamawiający „może” zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia nie odnosi się do woli zamawiającego (chcę – nie chcę), lecz do faktycznych możliwości w zakresie dobra, jakie chce pozyskać, udzielając zamówienia. W rzeczonym orzeczeniu Izba podkreśliła, że ocena możliwości zwiększenia kwoty musi być dokonywana z uwzględnieniem faktu, iż są takie zamówienia, które nie mogą nie zostać udzielone, a ich zakres determinowany jest nałożonymi na zamawiającego z mocy prawa obowiązkami. Dopiero ustalenie braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia uprawnia zamawiającego do unieważnienia postępowania. Izba podkreśliła również, że dokonywane przez zamawiającego działania w zakresie ustalenia możliwości zwiększenia kwoty powinny znaleźć odzwierciedlenie w informacji o unieważnieniu postępowania w ramach uzasadnienia faktycznego podjęcia takiej decyzji (tak: M. J. [w:] Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, red. M. J., D. G.-S., J. J., A. M., Warszawa 2022). Ponadto – jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. o sygn. akt KIO 3004/21 – „Przepisy Prawa zamówień publicznych o unieważnieniu postępowania nie zmierzają w kierunku pozostawienia zamawiającemu dowolnego i niczym nieograniczonego prawa do unieważnienia postępowania, gdyż jak wyżej wskazano unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od celu, jaki staje przed zamawiającym wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia. Wskazane w ustawie Prawo zamówień publicznych przesłanki unieważnienia postępowania – po pierwsze – nie powinny być interpretowane rozszerzająco, po drugie – ich wystąpienie winno być szczegółowo zbadane, a zasadność ich zastosowania nie powinna budzić żadnych wątpliwości”.

Innymi słowy zachowuje aktualność stanowisko wyrażane na tle analogicznie sformułowanego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004”), że zamawiający należący do grona podmiotów sektora finansów publicznych może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, o ile uzna to za uzasadnione i celowe, udzielając następnie zamówienia wykonawcy. Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania (tak: P. G. [w:] Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, P. G. I. G., Warszawa 2021).

Na szczególną uwagę w ustalonych powyżej okolicznościach tej sprawy zasługuje również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 857/22, gdzie Izba stwierdziła, że kwota przeznaczona na realizację przedmiotu zamówienia była nieadekwatna do jego wartości, o czym zamawiający musiał wiedzieć, a w konsekwencji doszło do unieważnienia postępowania na podstawie pozornego wypełnienia się przesłanek określonych w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, co oznacza, że zamawiający bezprawnie unieważnił postępowanie, uznając, że nie może zwiększyć kwoty na realizację przedmiotu zamówienia, po tym, gdy celowo zaniżył tę kwotę.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy zasadnym jest podkreślenie, że z uzasadnienia decyzji o unieważnieniu Postępowania z dnia 5 września 2023 r. nie wynika, aby Zamawiający rozważał możliwość zwiększenia kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, do ceny oferty złożonej przez EcoTech, która jest najniższa spośród trzech złożonych ofert. Gmina poprzestała bowiem na przytoczeniu w ramach uzasadnienia faktycznego i prawnego brzmienia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, a następnie odniosła się wyłącznie do okoliczności, o której mowa w pierwszej części tego przepisu. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący przedstawił w odwołaniu argumentację popartą dowodami, która powinna stanowić element badania Zamawiającego w zakresie możliwości przeznaczenia na realizację zamówienia kwoty wyższej niż ta podana przed otwarciem ofert. Tymczasem zauważenia wymaga, że Gmina Nowe Brzesko w odpowiedzi na odwołanie ograniczyła się do ogólnego stwierdzenia, iż regułą – w sytuacji takiej jak zaistniała w niniejszym Postępowaniu – jest unieważnienie postępowania, a ewentualne zwiększenie kwoty jest wyjątkiem pozostającym w gestii zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że potencjalne zwiększenie kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty jest jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem, a ponadto, iż miał prawo zastosować niższą kwotę jaką chce przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w stosunku do oszacowanej. Odnośnie argumentacji EcoTech dotyczącej kwoty jaką – w jego ocenie – Gmina mogła przeznaczyć na realizację zamówienia, Zamawiający wskazał niezwykle lakonicznie, że kalkulacje Odwołującego są nieprecyzyjne. Gmina Nowe Brzesko zaznaczyła, że kwota przyjęta przez EcoTech w odwołaniu tj. 2 028 168,00 zł jest błędna, gdyż Odwołujący nie uwzględnił zwolnień z tytułu posiadania kompostownika w wysokości 4 zł na osobę, co daje kwotę 2 003 773,48 zł. Zamawiający wskazał również, że zaległości z tytułu nieuiszczonych przez zobowiązanych kwot, które zostały podane na koniec 2022 r. w Analizie stanu gospodarki odpadami komunalnymi na kwotę 239 725,67 zł, nadal rosną i na dzień 18 września wynoszą 292 341,34 zł. Nadto

Gmina podniosła, że w kalkulacji pominięto wydatki jakie trzeba przeznaczyć na likwidację dzikich wysypisk śmieci, zakup koszy oraz pojemników do segregacji odpadów w miejscach i obiektach publicznych (wydatki te według planów na 2023 r. wynoszą około 50 000,00 zł) oraz, że wykonawca wskazał w odwołaniu kwotę 215 319,50 zł jako koszt administracyjny systemu, natomiast w 2023 r. wzrosło wynagrodzenie minimalne i nastąpi kolejny wzrost w 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, istotnym jest zauważenie, że przytoczone stanowisko Zamawiającego stanowi wyłącznie polemikę z ustaleniami Odwołującego i – co znamienne – nie wynika z niego, że brak jest obiektywnej możliwości zwiększenia kwoty podanej przez Gminę na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty EcoTech tj. o 70 081,12 zł. W ocenie Izby złożona w toku postępowania odwoławczego odpowiedź na odwołanie de facto potwierdza, że Zamawiający nie rozważał możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie tego zamówienia w ramach środków budżetowych. Niemniej jednak odnosząc się do argumentów wskazanych przez Gminę Nowe Brzesko podkreślenia wymaga, że ustawodawca ograniczył możliwość dysponowania środkami z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi: wskazując rodzaje kosztów kwalifikowanych jako koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi określone w katalogu zamkniętym zawartym w art. 6r ust. 2 u.c.p.g. (podstawowe przeznaczenie środków pochodzących z opłat), a także dopuszczając możliwość pokrywania z pobranych opłat kosztów, o których mowa w art. 6 ust. 2a-2b u.c.p.g. (uprawnienia gminy do dysponowania środkami z pobranych opłat). W doktrynie wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym „Artykuł 6r ust. 2a–2b nie nakłada na radę gminy obowiązku pokrywania z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi wskazanych kosztów, gdyż wprowadza fakultatywność działania organu stanowiącego w tym zakresie (świadczy o tym użyty zwrot „gmina może pokryć”). Innymi słowy, rada gminy może skorzystać z przyznanego jej uprawnienia do pokrycia takich wydatków środkami z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, ale nie musi. Wydatki te mogą być zatem również pokryte środkami z pochodzącymi innych źródeł aniżeli pobrane z tytułu opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi” (zob. M. B. [w:] A. S., M. B., Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz, Warszawa 2021). Kolejno, podnoszona przez Gminę okoliczność, że skoro zaległości z tytułu opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi na dzień 31 grudnia 2022 r. wyniosły 239 725,67 zł, natomiast na dzień 18 września wynoszą 292 341,34 zł de facto potwierdza, że w bieżącym roku zaległości z tytułu nieuiszczonych przez zobowiązanych opłat są dużo mniejsze oraz na bieżąco regulowane i w konsekwencji sugeruje również, że dochody z opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi w 2023 r. mogą być większe niż w 2022 r. Ponadto Izba zauważa, że ustawodawca dopuścił w art. 6qa u.c.p.g. wyjątek, aby organ gminy (wójt, burmistrz, prezydent miasta) nadal pozostał organem egzekucyjnym w sprawach gospodarki odpadami na terenie swojej gminy, jeśli taka jest wola tego organu. Oczywiście jest przy tym, że wyegzekwowane należności z tytułu opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi nie mogą zostać przeznaczone na cele niezwiązane z pokrywaniem kosztów funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami (zob. art. 6r ust. 1aa u.c.p.g.). Mając na względzie powyższe okoliczności zasadnym jest przyjęcie, że Zamawiający ograniczył się wyłącznie do kwestionowania argumentacji Odwołującego, nie przedstawiając wszakże żadnych dowodów w zakresie prezentowanego stanowiska. W tym miejscu należy przypomnieć, że stosownie do art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Izba uznała zatem, że Zamawiający nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania braku możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację przedmiotowego zamówienia ponad kwotę podaną przez otwarciem ofert, podczas gdy Odwołujący w odwołaniu oraz na rozprawie w sposób wystarczający uzasadnił swoje stanowisko (por. wyrok Sądu Okręgowego w Siedlcach z dnia 30 października 2005 r. o sygn. akt II Ca 484/04, niepubl.; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2009 r. o sygn. akt KIO/UPZ 580/09). Znamiennym jest w szczególności, że Odwołujący udowodnił, iż 31 sierpnia 2023 r. tj. po wszczęciu niniejszego Postępowania oraz po otwarciu ofert, w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00064573/05/P zamieszczony został zaktualizowany Plan postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w 2023 r., w którym Zamawiający wskazał jako orientacyjną wartość przedmiotowego zamówienia kwotę 2 000 000,00 zł. Należy podkreślić, że z przepisów art. 23 ust. 1-6 ustawy Pzp wynika m.in., że plan postępowań jest zbiorem postępowań przewidzianych do przeprowadzenia w danym roku finansowym, sporządzanym według wzoru określonego rozporządzeniem wykonawczym w terminie nie późniejszym niż 30 dni od dnia przyjęcia budżetu, zawierającym m.in. informacje dotyczące przedmiotu i orientacyjnej wartości zamówienia, a zapewnienie jego aktualności jest obowiązkiem zamawiającego. Zauważenia wymaga, że orientacyjna wartość zamówienia, o której mowa w art. 23 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp nie jest to szacunkowa wartość zamówienia, o której mowa w art. 28 ustawy Pzp. Wartość orientacyjna zamówienia może odpowiadać wartości wskazanej w budżecie, jeśli zamówienie stanowi odrębną pozycję budżetową, natomiast w pozostałych przypadkach zamawiający musi wstępnie określić wartość zamówienia (tak: J. J. [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. M. J., D.G.-S., J. J., A. M., Warszawa 2023). Mając na uwadze powyższe okoliczności zastanawiająca jest zatem znaczna dysproporcja pomiędzy kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia, którą Gmina podała przed otwarciem ofert a orientacyjną wartością zamówienia wskazaną kolejno w zaktualizowanym planie postępowań. W ocenie Izby takie działania Zamawiającego mogły więc budzić u EcoTech uzasadnione obawy, co do przestrzegania podstawowych zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia – uczciwej konkurencji i przejrzystości – przewidzianych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W uzasadnieniu wyroku z dnia 25 maja 2012 r. o sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z uwagi na powyższe dla uwzględnienia odwołania w całości nie miało znaczenia, że Izba nie podzieli dokonanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej w zakresie, w jakim wskazuje ona na art. 58 § 1 k.c., zwłaszcza że uzasadnienie odwołania nie nawiązuje do tego przepisu, którego treść nie została nawet przywołana.

Reasumując, o ile Izba nie jest uprawniona do ingerencji w gospodarkę finansową Gminy, stąd nie może nakazać zwiększenia środków przeznaczonych na realizację tego zamówienia, o tyle – zdaniem Izby – mając na względzie okoliczności faktyczne i prawne niniejszej sprawy Zamawiający powinien rozważyć możliwość zwiększenia kwoty

środków, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, do ceny oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....