

WYROK

z dnia 29 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie **25 września 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **15 września 2023 r.**

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe EcoTech K. W., Stopnica** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Szczucin w roku 2024* (GK.271.1.2023).

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Szczucin** [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, a w ramach powtórzonych czynności rozważenie zwiększenia kwoty środków, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie powyższego zamówienia, do ceny oferty Odwołującego, przy uwzględnieniu faktu, że w uchwale budżetowej przeznaczono na system gospodarowania odpadami komunalnymi w 2024 r. kwotę 2,52 mln zł.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,**

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – odpowiadającą kwocie uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Gmina Szczucin {dalej również: „Szczucin”, Gmina” lub „Zamawiający”} 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 również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Szczucin w roku 2024* (GK.271.1.2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 2 sierpnia 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_147 pod poz. 468906.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

7 września 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o unieważnieniu powyższego postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy pzp – najkorzystniejsza oferta lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

15 września 2023 r. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe EcoTech K. W. ze Stopnicy {dalej: „EcoTech” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności oraz zaniechań Zamawiającego objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano oznaczeń innych aktów prawnych}:

1. Art. 255 pkt 3 w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej również: „kc”} i w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 – polegające na bezprawnym unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na skutek bezprawnego zaniżenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w stosunku do kwoty, jaką posiada na ten cel.

2. Art. 239 – 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 ramach wspólnego dla powyższych zarzutów i żądań uzasadnienia odwołania zostały podniesione następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zamawiający przed otwarciem ofert wskazał że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1.830.000,00 zł, a cena oferty EcoTech wynosi 2.156.843,26 zł.

Kwota na realizację przedmiotu zamówienia w zakresie gospodarki odpadami jest jawna i zgodnie zaś z art. 6r ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2023.1469)*koszt (...) zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych jest pokrywany z pobranych przez gminę (od właścicieli nieruchomości) opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi.* W myśl art. 6r ust. 1 powołanej wyżej ustawy opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi stanowi dochód gminy (jest zatem częścią budżetu gminy).

Z udostępnionej na podstawie art. 3 ust. 2 pkt 10 oraz art. 9tb ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez Zamawiającego w kwietniu 2023 r. „Analizą gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Szczucin za 2022 r.” [załączonej do odwołania], wynikają następujące fakty.

Po pierwsze – wpłaty od mieszkańców w 2022 r. wyniosły 2.368.756,83 zł, powinny zaś wynieść 2.546.138,21 zł – na brakującą kwotę 197.215,86 składały przede wszystkim zaległe opłaty oraz odsetki od nich (22.683,97) zł, a także koszty upomnień (1.972,30 zł) i opłata prolongacyjna (25,00 zł).

Po drugie, zakres usługi świadczonej w 2022 r. był na tym samym poziomie ilościowym, co przedmiot unieważnionego zamówienia.

Po trzecie, obsługą gospodarki komunalnej w tym zakresie w 2022 r. zajmowało się przedsiębiorstwo FCC Tarnobrzeg, które za zagospodarowanie i odbiór odpadów komunalnych otrzymała wynagrodzenie w kwocie 2.587.044,72 zł.

Przy czym poprzednie postępowanie na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zostało udzielone w 2021 r. na okres 2 lat (2022-2023), na sfinansowanie tamtego zamówienia przeznaczono 5.000.000,00 zł, zaś ostatecznie udzielono zamówienia za kwotę 5.424.969,60 zł.

Z pobranych opłat na zagospodarowanie odpadami komunalnymi Gmina pokrywa koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi związane z ich odbieraniem, transportem, zbieraniem, odzyskiem i unieszkodliwianiem oraz z tworzeniem i utrzymaniem punktów selektywnego ich zbierania.

Ponieważ cały ten zakres został objęty przedmiotem tego zamówienia, kwota podana przed otwarciem ofert, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, powinna odpowiadać kwocie zebranych opłat od mieszkańców (tym bardziej, że nie może być wykorzystana na inny cel), czyli około 2.500.000,00 zł. Tymczasem Zamawiający zaniżył ją o ponad 700.000,00 zł.

Mając na uwadze powyższe, a także uwzględniając wzrost cen w br. wywołany inflacją nie jest możliwe, aby Zamawiający zdecydował o zmniejszeniu kwoty na realizację zamówienia o ponad 700 tys. zł. Takie działanie jest irracjonalne i może świadczyć jedynie o chęci wpływania na przebieg postępowania przez eliminowanie niechcianych wykonawców dzięki unieważnieniu prowadzonego postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie datowanej na 24 września 2023 r. wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając zajęcie takiego stanowiska.

5 września 2022 r. przed otwarciem ofert w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający poinformował w trybie art. 222 ust. 4 pzp, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia kwotę 1.830.000 zł.

Argumentacja odwołania nie opiera się na dokumentach finansowych, a na „Analizie gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Szczucin za 2022 r.”, która odnosi się do umowy zakończonej, a nie planowanych kosztów wykonania zamówienia w 2024 r.

Brzmienie pkt 1. „Analizy” określającego cel jej przygotowania:

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 10 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z późn.zm), każda gmina została zobowiązana do sporządzania corocznej analizy stanu gospodarki odpadami w celu weryfikacji możliwości technicznych i organizacyjnych gminy w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi.

Analizę sporządza się na podstawie sprawozdań złożonych przez podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości i Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK), rocznego sprawozdania z realizacji zadań z zakresu gospodarki odpadami oraz innych dostępnych danych mających wpływ na koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie gminy Szczucin.

Głównym celem analizy jest dostarczenie niezbędnych informacji dla stworzenia efektywnego systemu gospodarki odpadami komunalnymi.

Dokonując szacowania wartości zamówienia Zamawiający w „Analizie potrzeb i wymagań” zidentyfikował następujące warianty:

Wariant 1

Ze względu na brak własnej lub wspólnej z innymi gminami instalacji komunalnej koszt zagospodarowania odpadów nie jest znany i obliczenia dla tego wariantu są niemożliwe.

Wariant 2

Do celów Analizy przyjęto roczną ilość odebranych odpadów łącznie na podstawie roku 2022 wynoszącą 2 279,145 Mg i koszt za 1 Mg odpadów na podstawie powyższej tabeli cen z okolicznych miejscowości – wskazujący na znaczne tendencje spadkowe w stosunku do 2021 r. – przyjęto w wysokości 835 zł netto za 1 Mg odpadów.

Czas trwania zamówienia: 12 miesięcy – od 01 stycznia 2024 r. do 31 grudnia 2024 roku.

Dla wariantu 2 koszt odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców, transport do instalacji komunalnej, prowadzenie PSZOKu oraz zagospodarowania odpadów wynosi: 1 903 086,08

zł netto czyli 2 055 332,96 zł brutto.

W związku z powyższym wartość zamówienia wynosi: 427 314,10 EURO netto.

Zatem już szacowanie wartości tego zamówienia powiększone o należny podatek VAT wskazuje na niższą kwotę niż cena oferty EcoTechu (która była najniższa).

Wartość szacunkowa zamówienia ustalana przed wszczęciem postępowania, powiększona o kwotę VAT, nie musi odpowiadać kwocie, jaką zamawiający dysponuje na sfinansowanie zamówienia, która wynika z aktualnych lub przewidywanych możliwości finansowych zamawiającego.

Jeszcze przed otwarciem ofert na stronie internetowej prowadzonego postępowania powinna znaleźć się informacja o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 222 ust. 4 Pzp). Będzie to kwota wynikająca aktualnie z budżetu zamawiającego, planu finansowego lub innego dokumentu pełniącego podobne funkcje planistyczne [cytat z komentarza Urzędu Zamówień Publicznych].

Tymczasem kwota oczekiwana przez Odwołującego pozostaje w oderwaniu od finansów Gminy Szczucin i odnosi się do zamówienia realizowanego w 2022 r., tj. w całkowicie innych warunkach społeczno-gospodarczych (COVID-19, wybuch wojny w Ukrainie), w okresie, gdy rynek charakteryzował się brakiem stabilności cen.

Zamówienie objęte niniejszym postępowaniem udzielane jest w zupełnie innych realiach, które w ocenie Zamawiającego powinny wpłynąć korzystnie na obniżenie cen ofert, co potwierdza analiza postępowań realizowanych przez sąsiednie gminy [w piśmie zamieszczono tabelę ze stosownymi danymi].

Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku: *Prawidłowo skalkulowana opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi powinna z jednej strony zapewniać sprawne funkcjonowanie systemu odbioru odpadów na terenie gminy, z drugiej zaśnie powinna stanowić źródła jej dodatkowych zysków.*

Gospodarka odpadami jest finansowo ściśle powiązana z zaangażowaniem mieszkańców, na rzecz których usługa jest świadczona. Zamawiający, dostrzegając aktualną tendencję związaną ze spadkiem cen i stabilizacją gospodarczą, przewiduje niższe wpływy z opłat od mieszkańców, tj. ustanowienie niższych opłat za odbiór i zagospodarowanie odpadów.

Zgodnie z art. 6r ust. 2 ustawy o odpadach 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. Tym samym strona dochodowa budżetu w tym zakresie nie służy pokryciu wyłącznie kosztu usługi, która jest przedmiotem zamówienia, ale ma znacznie szerszy zakres.

W uchwale budżetowej Gminy Szczucin wskazano, że całkowite wydatki na cały system gospodarki odpadami i ochrony środowiska wyniosą 2.520.000 zł. Natomiast podana przed otwarciem kwota 1.830.000 zł jest rzeczywistą kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć jedynie na sfinansowanie usługi będącej przedmiotem zamówienia [na dowód czego załączono oświadczenie Skarbnika Gminy Szczucin].

Zamawiający na ten moment nie może przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia wyższej kwoty z uwagi na brak zabezpieczenia dodatkowych środków.

Mając powyższe na uwadze, nie sposób uznać zarzutów odwołania za zasadne.

Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający posiadał środki wystarczające na sfinansowanie jego oferty, a tym bardziej nie potwierdził, że Zamawiający podaną przed otwarciem kwotę bezprawnie zaniżył.

Po drugie, Odwołujący wiąże naruszenie art. 255 pkt 3 ustawy pzp z naruszeniem art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, nie wskazując jednak ani naruszonego przepisu ustawy co do ustalenia kwoty podanej przed otwarciem ofert, ani w jaki sposób działania Zamawiającego zmierzały do obejścia ustawy.

Niezależnie od powyższego już wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek VAT jest kwotą niższą niż cena oferty Odwołującego i gdyby nawet hipotetycznie założyć, że Zamawiający zabezpieczył kwotę tożsamą, nadal byłby uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 pzp.

Brak jest zatem podstaw do uznania, że Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania z uwagi na to, że cena oferty z najniższą ceną przekracza jego możliwości finansowe.

Abstrahując od powyższego, uznanie odwołania za zasadne skutkowałoby tym, że Zamawiający zmuszony byłby rozstrzygnąć postępowanie i udzielić zamówienia bez montażu finansowego albo przymusowo dokonując przesunięć budżetowych, podczas gdy udzielenie zamówienia bez zabezpieczenia wymaganych środków stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutem odwołania unieważnieniem postępowania może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie tego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zamawiający w „Informacji o unieważnieniu postępowania” z 7 września 2023 r. podał uzasadnienie faktyczne w następującym brzmieniu:

W przedmiotowym postępowaniu w wymaganym terminie, tj. do dnia 5 września 2023 r. do godziny 9:00 złożono oferty od następujących wykonawców:

- 1. Lider: FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg, pozostali Wykonawcy: FCC Podkarpacie Sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg, FCC Podhale Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 115, 34-400 Nowy Targ, cena 2 407 389,75 zł brutto.*
- 2. P.U.H. EcoTech K. W. (P.U. H. EcoTech K. W.), ul. Tadeusza Kościuszki 65C, 28-130 Stopnica, 2 156 843,26 zł brutto.*
- 3. „EKOM” M. SPÓŁKA JAWNA, ul. Zakładowa 29, 26-052 Nowiny, cena 2 278 277,23 zł brutto.*

Stosownie do 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. Zamawiający udostępnił przed otwarciem ofert informację, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę: 1 830 000,00 zł brutto. W przypadku gdy oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie unieważnia się bez przeprowadzania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z powyższego uzasadnienia nie wynika, aby Zamawiający rozważał możliwość zwiększenia kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia, do ceny oferty złożonej przez EcoTech, która jest najniższa spośród trzech złożonych ofert. Nic konkretnego w tym zakresie nie wynika bowiem z ponownego przytoczenia w ramach uzasadnienia faktycznego brzmienia art. 255 pkt 3 ustawy pzp (które zostało już przytoczone jako uzasadnienie prawne), a następnie odniesienie się wyłącznie do okoliczności, o której mowa w pierwszej części tego przepisu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ograniczył się do ogólnego stwierdzenia, że z pozycji budżetu dotyczącej gospodarki odpadami komunalnymi mają być też finansowane wydatki związane z takimi aspektami systemu gospodarki odpadami komunalnymi, jak obsługa administracyjna tego systemu czy edukacja ekologiczna w zakresie prawidłowego postępowania z odpadami komunalnymi, konsekwentnie unikając sprecyzowania kwot, jakie zabezpieczono na cele. Przy czym nie zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego, że za 2022 r. zarówno na edukację ekologiczną, jak i obsługę administracyjną systemu Gmina nie wykazała żadnych wydatków.

Z kolei brzmienie załączonego do odpowiedzi na odwołanie pisma Skarbnika Gminy Szczucin z 22 września 2023 r. jest następujące:

Oświadczam, że zawarta w Uchwale Budżetowej nr LIII/465/22 z dn. 29.12.2022 r. pozycja dotycząca Gospodarki odpadami komunalnymi w kwocie: 2.520.000,00 zł (słownie: dwa miliony pięćset dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) nie

jest skorelowana wyłącznie ze środkami przeznaczonymi na sfinansowanie zamówienia publicznego dotyczącego realizacji zadania pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Szczucin w roku 2024” a służy również pokryciu innych wydatków związanych z tym zakresem.

Kwota przeznaczona na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia publicznego rzeczywiście zabezpieczona w budżecie na to zadanie wynosi: 1.830.000,00 zł (słownie: jeden milion osiemset trzydzieści tysięcy złotych 00/100).

Również powyższe pismo sporządzone na potrzeby postępowania odwoławczego *de facto* potwierdza, że Zamawiający nie rozważał możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie tego zamówienia w ramach środków budżetowych przeznaczonych na gospodarkę odpadami komunalnymi w kwocie 2,52 mln zł.

Należy zauważyć, że co do zasady Skarbnik Gminy wskazuje kwotę ujętą w „Uchwale Budżetowej Gminy Szczucin na rok 2023 Nr LIII/465/22 Rady Miejskiej w Szczucinie z dnia 29.12.2022 r. W sprawie: uchwalenia budżetu Gminy Szczucin na 2023 rok”, w dziale 900 – „Gospodarka komunalna i ochrona środowiska”, zarówno w Załączniku Nr 1 – Dochody” (w rozdziale 0490 – „Wpływy z innych lokalnych opłat pobieranych przez jednostki samorządu terytorialnego na podstawie odrębnych ustaw”), jak i w „Załączniku Nr 2 – Wydatki” (w rozdziale 90002 – „Gospodarka odpadami komunalnymi”) jako właściwy punkt odniesienia dla tego postępowania, które dotyczy odbioru i zagospodarowania odpadów w 2024 r. Przy czym od strony dochodowej wiadomo, że konkretnie chodzi o pobrane od właścicieli nieruchomości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, o której mowa w art. 6r ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1469) {dalej: „ustawa ucpg”}.

Z drugiej strony wspomniane pismo nie wyjaśnia, w jaki sposób ze wspomnianej uchwały budżetowej lub innego dokumentu dotyczącego finansów Gminy miałyby wynikać, że w istocie w budżecie Gminy zabezpieczono na innym (niższym) poziomie koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, gdyż nie wskazuje żadnych innych konkretnych wydatków, które mogłyby być zgodnie z przepisami prawa sfinansowane z tego źródła dochodów.

Tymczasem przepisy zawarte również w art. 6r ustawy ucpg stanowią, że:

- 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).

Ponieważ Skarbnik Gminy w oświadczeniu złożonym na potrzeby tej sprawy odwoławczej nie był w stanie wskazać innych wydatków związanych z gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi niż wynikające z realizacji tego zamówienia, należało uznać, że Zamawiający nie wykazał braku możliwości zwiększenia środków finansowych na odbieranie, transport, zbieranie, odzysk i unieszkodliwianie odpadów komunalnych oraz tworzenie i utrzymanie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych ponad podaną przez otwarciem ofert kwotę.

Skoro niesporne jest, że Gmina na funkcjonowanie systemu gospodarki odpadami komunalnymi może przeznaczyć 2.520.000,00 zł, natomiast cena oferty EchoTechu za kompleksowe świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, które są zamieszkałe, w okresie od dnia 01.01.2024 r. do dnia 31.12.2024 r., w tym prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych oraz wyposażenie wszystkich właścicieli nieruchomości wielorodzinnych w pojemniki na odpady komunalne, właścicieli nieruchomości jednorodzinnych w pojemniki na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i w worki na segregowane odpady komunalne (patrz rozdział 5 SWZ) wynosi 2.156.843,26 zł, w razie wyboru tej oferty w budżecie Gminy Szczucin na inne wydatki związane z gospodarką odpadami komunalnymi w 2024 r. zostanie 363.156,74 zł.

O ile Zamawiający nie był w stanie skonkretyzować i wykazać istnienia innych wydatków z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi, o tyle Odwołujący udowodnił, że 2 sierpnia 2023 r., kiedy ukazało się ogłoszenie o tym zamówieniu, Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00030533/02/P aktualizację „Planu postępowania o udzielenie zamówień na rok 2023 r.”, w ramach której m.in. dodał pozycję 2.3.1. – „Odbiór i

zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Szczucin w roku 2024”, wskazując jako orientacyjną wartość tego zamówienia kwotę 2,54 mln zł (uznano za oczywiste, że wbrew uwadze zamieszczonej we wzorze planu chodzi o wartość zamówienia powiększoną o VAT).

Z przepisów art. 23 ust. 1-6 ustawy pzp wynika w szczególności, 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.

Tym samym *de facto* Zamawiający wraz ze wszczęciem postępowania zaktualizował dokonane uprzednio 28 lipca 2023 r. oszacowanie wartości tego zamówienia na kwotę 1.903.086,08 zł, co po powiększeniu o VAT daje kwotę 2.055.332,97 zł.

Niezależnie od powyższego ceny złożonych ofert negatywnie zweryfikowały jako zbyt optymistyczne przyjęte w „Analizie potrzeb i wymagań” z 28 lipca 2023 r. założenie, że w stosunku do przetargu na lata 2022-2023 uśredniona stawka jednostkowa brutto spadnie z 1.135.09 zł/Mg do 901.80 zł/Mg.

Tym bardziej nie wiadomo, na jakiej podstawie Gmina obniżyła przed otwarciem ofert kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia dotyczącego dwóch podstawowych aspektów systemu gospodarki odpadami komunalnymi, które w całości zleca wykonawcy tego zamówienia, w stosunku do pierwotnego oszacowania, które okazało się i tak zaniżone w stosunku do cen złożonych ofert.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne

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.

W pierwszej kolejności zamawiający powinien zatem 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 tym słusznie w uzasadnieniu wyroku z 26 września 2017 r. sygn. akt KIO 1878/17 wywiedziono, że sformułowanie, że 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. Izba podkreśliła, że ocena możliwości zwiększenia kwoty musi być dokonywana z uwzględnieniem faktu, że 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. Przy czym 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. Jaworska, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz* wyd. 4, red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2022].

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: „popzp”}, 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. Granecki, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz* P. Granecki. I. Granecka, 2021].

Na szczególną uwagę w ustalonych powyżej okolicznościach tej sprawy zasługuje wyrok Izby z 14 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 857/22, gdzie Izba również 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.

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 może nakazać, aby Zamawiający rozważył zwiększenie kwoty środków, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie powyższego zamówienia, do ceny oferty Odwołującego, z uwzględnieniem ustalonych powyżej okoliczności.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 555 pzp (art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp z 2004 r.) 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. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku wydanego 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność tego stanowiska została potwierdzona również w orzecnictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. 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 podziela dokonanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej w zakresie, w jakim wskazuje ona na art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, zwłaszcza że uzasadnienie odwołania nie nawiązuje do tego przepisu, którego treść nie została nawet przywołana.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 255 pkt 3 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT), w pkt 2. sentencji orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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. poz. 2437), obciążając nimi Zamawiającego.