

WYROK**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2025 roku przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o.o., Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. (ul. Głogowa 75, 32-500 Balin) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Związek Międzygminny „Gospodarka Komunalna” (ul. Piłsudskiego 4, 32-500 Chrzanów) przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Miki” (ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków)

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o.o., Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. (ul. Głogowa 75, 32-500 Balin) i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o.o., Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. (ul. Głogowa 75, 32-500 Balin) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, kwotę 338 zł 00 gr (trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) z tytułu dojazdu na rozprawę pełnomocników Zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o.o., Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. (ul. Głogowa 75, 32-500 Balin) na rzecz Zamawiającego Związek Międzygminny „Gospodarka Komunalna” (ul. Piłsudskiego 4, 32-500 Chrzanów) kwotę 3938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę pełnomocników Zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 667/25**UZASADNIENIE**

Zamawiający: Związek Międzygminny „Gospodarka Komunalna” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna”.

Odwołujący Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. ustawy Prawo zamówień publicznych, w zw. z art. 222 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez unieważnienie postępowania z powodu nieprawidłowego uznania, że kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie wystarcza na jego sfinansowanie w powodu sztucznego jej zaniżenia, czyli de facto opublikowania tylko części kwoty jaką w rzeczywistości dysponuje Zamawiający lub uznania, że Zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia podanej stosownie do ustawy Prawo zamówień publicznych, do poziomu ceny oferty najkorzystniejszej, mimo że:

- kwota na sfinansowanie zamówienia opublikowana przed otwarciem ofert była znacznie zaniżona w stosunku do kwoty, którą Zamawiający rzeczywiście dysponuje na realizację zamówienia;
- doszło do zaniechania badania/nieprawidłowego badania możliwości zwiększenia odczytanego budżetu przez Zamawiającego;
- Zamawiający posiadał środki w budżecie wystarczające do pełnego finansowania zamówienia.

2.naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych przez niewłaściwe uzasadnienie decyzji Zamawiającego, z którego w żaden sposób nie wynikało wystąpienie przesłanek unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania, rzetelnego badania możliwości zwiększenia kwoty, jaką może przeznaczyć na udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, rzeczywistego budżetu Zamawiającego, wpływów z opłat mieszkańców oraz Wieloletniej Prognozy Finansowej.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: oferta Odwołującego na kwotę: 57 849 141,60 zł brutto, oferta M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MKI” na kwotę: 62 057 696,40 zł brutto.

Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia opublikowana przed otwarciem ofert to: 56 731 172,04 zł brutto. Różnica, pomiędzy ceną najkorzystniejszej oferty, a opublikowaną kwotą to 1 117 969,56 zł.

Kwota jaką zabezpieczył Zamawiający na realizację ww. zadania w Wieloletniej Prognozie Finansowej to 73 750 528,65 zł brutto.

Różnica pomiędzy tym, co zabezpieczono, a kwotą odczytaną na sfinansowanie zamówienia to: 17 019 356,60 zł brutto. Jak wskazywał Odwołujący, różnica ta odpowiada wartości założonego w OPZ prawa opcji, jednak z uwagi na wolumen odpadów przyjęty do kalkulacji zamówienia podstawowego, opcja w wymiarze przewidzianym przez Zamawiającego nie zostanie uruchomiona, z uwagi na specyfikę zamówienia.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1a - Formularz kalkulacyjny do ceny, Wykonawcy wyceniali odbiór i transport lub odbiór transport i zagospodarowanie odpadów o łącznej masie 105 914 Mg co daje średnio, 35 304 Mg rocznie. Powyższe stanowiło zamówienie podstawowe.

Odwołujący wskazał, że z danych, którymi dysponuje Odwołujący oraz danych zawartych w Analizie stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna” za rok 2023 wynika, że wyliczenia przedstawione przez podmiot odbierający uprzednio odpady są zawyżone, w stosunku do rzeczywistych mas odpadów odebranych z nieruchomości. Za zawyżone Odwołujący uznał prognozy dotyczące odpadów zbieranych w sposób selektywny, gdzie w przypadku opakowań z papieru i tektury Zamawiający prognozuje wzrost o ponad 400 Mg rocznie. Podobnie w przypadku odpadów z tworzyw sztucznych. W przypadku opakowań ze szkła wzrost prognozowany to niemal 900 Mg w skali roku. W opinii Odwołującego oznacza to, że Zamawiający zakłada, że mieszkańcy (których liczba maleje) wytworzą tyle samo (a nawet nieco więcej) odpadów zmieszanych i znacznie więcej odpadów selektywnie gromadzonych, szczególnie odpadów ze szkła. Same założenia dla ustalenia ilości odpadów odbieranych w ramach zamówienia podstawowego są wyższe niż obecnie odbierany wolumen odpadów.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z Rozdziałem II pkt 6 SWZ, Zamawiający przewidział prawo opcji, co oznacza, że Zamawiający przewiduje odbiór odpadów o łącznej masie 105 814,02 Mg w ciągu realizacji umowy „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Związku Międzygminnego „Gospodarka Komunalna”. Dodatkowo przewiduje wzrost wartości wynagrodzenia o 30%, co wiązać się musi ze wzrostem ilości odpadów.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający uwzględnił w swoim budżecie środki na sfinansowanie zamówienia, przewidując jednocześnie zwiększony wolumen odpadów. Niemniej jednak, na realizację zamówienia podstawowego zamierza przeznaczyć kwotę o 30% niższą niż ta, którą faktycznie dysponuje w budżecie. W ocenie Odwołującego, można przypuszczać, że pozostałe 30% środków stanowi rezerwę przeznaczoną na ewentualne sfinansowanie prawa opcji, której realizacja jest mało prawdopodobna, a wręcz nierealna.

W opinii Odwołującego, ten zabieg Zamawiającego doprowadził do sytuacji, w której budżet, którym rzeczywiście dysponuje Zamawiający na sfinansowanie zamówienia obejmuje wyższe środki niż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, która została opublikowana przed otwarciem ofert. Realna kwota, jaką Zamawiający faktycznie przewiduje na pokrycie kosztów realizacji zamówienia to 73 750 523,65 zł brutto i została wskazana wprost w Wieloletniej Prognozie Finansowej.

Odwołujący podkreślał, że liczba mieszkańców związku maleje, liczba odbieranych odpadów maleje i maleć będzie nadal, ceny odbioru i zagospodarowania odpadów rosną, a kwota jaką dysponuje Zamawiający ma wystarczyć na zagospodarowanie większej ilości odpadów niż wynika to z racjonalnych kalkulacji, po niższych stawkach.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zdaje sobie sprawę z tego, że jego działanie jest pozorne i ma na celu jedynie uzyskanie wpływu na wybór wykonawcy w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że w obecnym postępowaniu Zamawiający zmienił zasady realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że kwota jaką potencjalnie „traci” wykonawca, nie mając możliwości zagospodarowania odpadów i pozyskania zapłaty za nie to: papier i tektura 2 784 600 zł brutto oraz szkło 90 900 zł netto co daje łącznie 2 875 500 zł brutto. Taką kwotę otrzyma dodatkowo Zamawiający za zagospodarowanie odpadów we wskazanych instalacji. Kwota ta

nie trafi do wykonawcy, zatem nie może on (jak to mogło mieć miejsce w poprzednich postępowaniach) wliczyć ten przychód do kalkulacji.

Odwolujący zwrócił także uwagę, że w postępowaniu w przedmiocie Odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów prowadzonym w 2022 r. Zamawiający nie przewidywał opcji, a na sfinansowanie zamówienia przewidywał kwotę porównywalną. Czyli budżet jakim realnie dysponował Zamawiający został podany przed otwarciem ofert. Nie jest stałą praktyką Zamawiającego podział budżetu na pokrycie zamówienia podstawowego i opcji.

W ocenie Odwołującego, przepis art. 255 pkt 3, w zw. z art. 222 ust. 4 należy odczytywać celowościowo. Zamawiający może unieważnić postępowanie, w okolicznościach określonych w art. 255 pkt 3 pod warunkiem, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia opublikowana podczas otwarcia ofert, jest realna i odzwierciedla rzeczywiste możliwości zamawiającego. W ocenie Odwołującego, popuszczenie, że Zamawiający ma pełną dowolność w kształtowaniu kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, niweczy gwarancyjny charakter kwoty i czyni ją w zasadzie bezużyteczną w postępowaniu. Jak wskazał Odwołujący, wystarczy, że Zamawiający zaniży kwotę na sfinansowanie zamówienia, a następnie swobodnie zdecyduje, czy ją zwiększy do ceny najkorzystniejszej oferty czy też nie. Takie potraktowanie mechanizmu związanego z kwotą na sfinansowanie zamówienia w opinii Odwołującego powoduje, że staje się on pozbawiony jakiegokolwiek funkcji ochronnej dla wykonawców, którzy ponoszą koszty przygotowania ofert w oparciu o nierzetelne informacje.

Odwolujący wskazał, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie było konieczności „poszukiwania” dodatkowych środków, gdyż kwota jaką dysponuje Zamawiający wystarczała na pokrycie ceny najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Odwołującego, decyzja o unieważnieniu postępowania wymaga uprzedniego zweryfikowania możliwości zamawiającego co do zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zatem w informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający powinien co najmniej wskazać, że dokonał weryfikacji swoich możliwości w tym zakresie z negatywnym wynikiem.

Zamawiający nie wskazał nigdzie, że nie może zwiększyć kwoty, lub nie ma możliwości płatniczych.

Odwolujący wskazał, że unieważnienie postępowania a następnie ponowne jego wszczęcie uniemożliwi Odwołującemu ubieganie się o zamówienie.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie naruszył art. 260 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z tym artykułem, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania przedstawił wszelkie wymagane informacje, o których mowa w powyżej zacytowanym przepisie prawa. Wskazał na artykuł 255 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w uzasadnieniu faktycznym wskazał na kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz jakie oferty zostały złożone w postępowaniu wraz z podaniem cen. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający unieważnia postępowanie, 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 zatem w sposób jasny i zgodny z wymaganiami art. 260 ust. 1 przedstawił powody unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Nie można zatem zarzucić naruszenia ww. artykułu. Bez znaczenia pozostaje w tej sytuacji okoliczność, że Odwołujący uznał, że Zamawiający jest zobowiązany przedstawić większą ilość informacji. Takie wymaganie nie wynika z powyższego artykułu.

Nie jest także zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 222 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez unieważnienie postępowania z powodu uznania, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie wystarcza na jego sfinansowanie z powodu sztucznego jej zaniżenia.

Zgodnie z art. 255 ust. 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 niniejszym postępowaniu cena oferty najkorzystniejszej przekroczyła kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający był zatem uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie wskazanego przepisu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest szczegółowo uregulowane. Z treści przepisów prawa wynikają uprawnienia i obowiązki Zamawiającego. Zamawiający miał prawo do unieważnienia postępowania w zaistniałej sytuacji. W zacytowanym przepisie zostało użyte sformułowanie: „może”, które oznacza uprawnienie zamawiającego do zwiększenia kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Zarówno w szczegółowo uregulowanej procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i procedurze odwoławczej, brak jest przepisów prawa, które upoważniałyby wykonawców, czy Krajową Izbę Odwoławczą, do weryfikowania posiadanych przez zamawiającego środków, podejmowanych decyzji co do kwot przeznaczanych na realizację zamówienia - w tym nakazywania Zamawiającemu zwiększania takich kwot. Ustawa nie określa, na podstawie jakich dokumentów wykonawca, czy Krajowa Izba Odwoławcza miałyby dokonywać badania takich okoliczności. Skoro tak, to brak jest podstaw do stwierdzenia, że podmioty trzecie mają prawo albo obowiązek dokonywania weryfikacji możliwości finansowych Zamawiającego.

Pozostawienie przez ustawodawcę określenia „może” jednoznacznie wskazuje na swobodę decyzji zamawiającego w tym zakresie. Bez ingerencji podmiotów trzecich.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron wskazał na treść protokołu postępowania, z którego wynika, że zwrócił się do zarządu spółki o możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, jednak zarząd odmówił. Oznacza to, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający zweryfikował możliwość zwiększenia kwoty na realizację zamówienia.

Okoliczność, że Zamawiający już kolejnego dnia po otwarciu ofert zwrócił się do zarządu spółki o zwiększenie kwoty na realizację zamówienia nie jest niezgodna z prawem, czy też naganna, jak próbował to przedstawić Odwołujący, ale wskazuje na naturalny i oczywisty sposób działania Zamawiającego.

Nie są zrozumiałe twierdzenia Odwołującego dotyczące ewentualnej próby Zamawiającego (sterowania postępowaniem) wpływania na ostateczny wynik postępowania przetargowego. Należy zauważyć, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na długo przed terminem składania ofert, przeznaczył określoną kwotę na jego realizację nie znając z góry ani ilości ofert, ani wysokości cen ofert, jakie zostaną złożone w postępowaniu. Nie mógł zatem przewidzieć wyniku postępowania, a w konsekwencji - nie mógł wpłynąć na wynik postępowania.

Podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczące nieprawidłowego przygotowania postępowania w zakresie szacowanej ilości odpadów należy uznać za spóźnione. Odwołujący miał możliwość kwestionowania opisu przedmiotu zamówienia przed terminem składania ofert. Próby poszukiwania środków finansowych u Zamawiającego poprzez podważanie sposobu skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia na tym etapie należy uznać wyłącznie za próbę zbudowania argumentacji dla uzasadnienia stanowiska. Do chwili otwarcia ofert i decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, Odwołujący nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń co do opisu przedmiotu zamówienia, w tym co do ewentualnych zawyżonych ilości odpadów. Brak jest podstaw prawnych do kwestionowania opisu przedmiotu zamówienia na tym etapie postępowania, jak również brak jest podstaw prawnych dla poszukiwania środków za Zamawiającego przez wykonawcę.

Podobnie spóźnione są uwagi Odwołującego odnoszące się do wysokości kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. O tych okolicznościach Odwołujący powziął wiedzę w chwili otwarcia ofert. Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron wskazał, że różnica ceny jego oferty, a kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynosi 1,97%. Już sam ten fakt świadczy o tym, że Zamawiający prawidłowo oszacował przedmiot zamówienia, skoro różnica pomiędzy tymi wartościami jest tak niewielka.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, a także koszty z tytułu dojazdu pełnomocników zamawiającego na rozprawę.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....