

Sygn. akt: KIO 165/24

**POSTANOWIENIE**

**Warszawa z dnia 6 lutego 2024 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 6 lutego 2024r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024r. **przez odwołującego:**

Konsorcjum wykonawców: FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg (LIDER), FCC Podkarpacie Sp. z o.o. ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg (PARTNER), FCC Podhale Sp. z o.o. ul. Jana Pawła II 115, 34-400 Nowy Targ (PARTNER) w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Szczucin ul. Wolności 3, 33-230 Szczucin

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty po 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego Konsorcjum wykonawców: FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg (LIDER), FCC Podkarpacie Sp. z o.o. ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg (PARTNER), FCC Podhale Sp. z o.o. ul. Jana Pawła II 115, 34-400 Nowy Targ (PARTNER)

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Szczucin w roku 2024 - postępowanie II”.

W Postępowaniu zostały złożone trzy oferty.

Zamawiający w dniu 4.01.2024 r. na stronie internetowej, gdzie opublikowane zostały dokumenty Postępowania, opublikował informację o unieważnieniu Postępowania.

Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych dalej: „ustawa pzp”, wniesiono odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu, polegających na unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Zarzut nr 1 naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1, 5 ustawy pzp oraz art. 260 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 -3 ustawy pzp poprzez niezasadne unieważnienie Postępowania przez Zamawiającego oraz zaniechanie wykazania w uzasadnieniu faktycznym i prawnym spełnienia wszystkich przesłanek uprawniających Zamawiającego do unieważnienia Postępowania w trybie art. 255 pkt 6 ustawy pzp, w szczególności braku istnienia wpływu wady na wynik postępowania oraz braku możliwości ustalenia, że zawarcie umowy o wykonania zamówienia publicznego w tym przypadku jest obiektywnie niemożliwe, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości postępowania i pisemności postępowania przetargowego;
2. Zarzut nr 2 naruszenie art. 255 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 -3 ustawy pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2023 r., poz. 1689 j.t. ze zm.), dalej jako "uokik", w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że nie jest możliwe zwiększenie przez niego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie realizacji zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, tym bardziej w sytuacji, gdy Zamawiający dysponuje środkami, które mógłby przeznaczyć na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w oparciu o np. ofertę Odwołującego, co jednocześnie stanowi nadużycie przez

Zamawiającego pozycji dominującej, co doprowadziło do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców,

Mając powyższe na uwadze, wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania;
2. kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

#### Termin

Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 1 pkt 1 lit a Pzp: „Odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest wyższa niż progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”. Informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 4.01.2024 r. Odwołujący dochował zatem terminu na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 515 Pzp.

#### Interes

Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem złożył ważną ofertę w Postępowaniu i w przypadku unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania wobec prawidłowego przeprowadzenia oceny ofert, oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu. Zatem szkoda Odwołującego odpowiada kwocie jaką Odwołujący utracił na skutek nie uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący oświadcza, że kopia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 514 ust. 2 ustawy pzp została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie.

Odwołujący oświadcza, że uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie dokonania przelewu.

Jak Izba ustaliła.

Zamawiający pismem GK.271.2.20.2023 z dnia: 4 stycznia 2024 r.

Działając na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”

Zamawiający informuje, że unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Szczucin w roku 2024 - postępowanie II”, znak: GK.271.2.2023.

Uzasadnienie prawne:

Na podstawie 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.

Z kolei na podstawie art. 255 pkt 6 tej ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w dniu 12 grudnia 2023 r., zamieścił na stronie prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która wynosi 1 830 000,00 zł brutto.

W przedmiotowym postępowaniu w wymaganym terminie, tj. do dnia 12 grudnia 2023 r. do godziny 9:00 złożono oferty przez następujących Wykonawców:

1. Konsorcjum Firm Lider: FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg, Partner:: FCC Podkarpacie Sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39-400 Partner: Tarnobrzeg, FCC Podhale Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II115, 34-400 Nowy Targ, cena 2 092 255,11 zł brutto.
2. "EKOM" M. SPÓŁKA JAWNA, ul. Zakładowa 29, 26-052 Nowiny, cena 2 250 912,18 zł brutto.
3. P.U. H. EcoTech K. W. (P.U. H. EcoTech K. W.), ul. Tadeusza Kościuszki 65C, 28-130 Stopnica, 1 946 146,75 zł brutto.

Zamawiający po szczegółowym rozważeniu ewentualnej możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia do ceny oferty z najniższą ceną, która jest wyższa od środków posiadanych przez Zamawiającego o ponad 100 000,00 zł. podjął decyzję, że zwiększenie takie jest niemożliwe. Zamawiający wskazuje, że kwota 1

830 000,00 zł stanowi na moment unieważnienia maksymalną, jaką Zamawiający przewiduje do wykorzystania na sfinansowanie Zamówienia.

Równocześnie Zamawiający informuje, że po analizie dokumentów postępowania stwierdzono, że w zapisach SWZ w Rozdziale 12. Informacje o JEDZ i podmiotowych środkach dowodowych punkt 2 lit. a) Zamawiający zażądał posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Szczucina w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, co najmniej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia tj. dla odpadów o kodach 20 03 01, 20 01 08, 20 02 01, 20 01 99, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 16 01 03, 16 02 15\*, 16 02 16, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 17, 20 01 39, 20 01 40, 20 03 07, 20 01 23\*, 20 01 25, 20 01 27\*, 20 01 28, 20 01 33\* 20 01 35\*, 20 01 36, 17 01 01, 17 01 02, 17 01 03, 17 01 07, 17 01 80, 17 02 01, 17 02 02, 17 02 03, 17 04 01, 17 04 02, 17 04 03, 17 04 04, 17 04 05, 17 04 06, 17 04 07, 17 04 11, 17 05 08, 17 06 04, 17 08 02, 17 09 04, 16 01 03\*, 20 01 31\*, 20 01 32, 16 06 03\*, 20 01 34, 20 01 13\*, 20 01 14\*, 20 01 15\*, 20 01 19\*, 20 01 29\*, 20 01 21\*.

Szczegółowa analiza żądania Zamawiającego w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Szczucina w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jednoznacznie wskazuje że żądanie takie jest niemożliwe do spełnienia w przypadku kodów „20 01 17 oraz 16 01 03\*“, bowiem zgodnie z treścią aktualnego rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. poz. 10) są to kody, które nie istnieją, z związku z czym żaden z Wykonawców, który złożył ofertę w postępowaniu ich nie posiada i nie może spełnić wymaganego warunku w zakresie wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Szczucina.

Naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, gdyż na tym etapie postępowania, kiedy zostały złożone oferty, nie można dokonać zmiany postanowień SWZ.

Zamawiający mając na uwadze brak możliwości zwiększenia środków przewidzianych na realizację zadania, jak również w celu zagwarantowania spełnienia podstawowych zasad obowiązujących na gruncie ustawy Pzp zdecydował o konieczności unieważnienia postępowania.

Powyżej Izba przedstawiła zasadnicze elementy czynności i uzasadnienia Zamawiającego, na które to wniesione zostało odwołanie.

Z kolei w dniu 05.02.2024r. ze złożonej odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie wynika:

Zamawiający - Gmina Szczucin - w odpowiedzi na odwołanie informuje, że:

- 1) uznaje odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 - dotyczącego naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1,5 ustawy pzp oraz art. 260 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie;
- 2) nie uznaje odwołania w zakresie zarzutu nr 2 - dotyczącego naruszenia art. 255 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 -3 ustawy pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2023 r., poz. 1689 j.t. ze zm.), dalej jako "uokik", w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik i wnosi o jego oddalenie.

Uzasadniając nie tyle prawo unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3), Zamawiający wskazuje, że zgodnie z tym brzmieniem tego przepisu: 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 bezpośrednio przed otwarciem ofert poinformował na stronie prowadzonego postępowania, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1 830 000,00 zł.

W przedmiotowym postępowaniu złożono trzy oferty, przy czym oferta Odwołującego nie jest ofertą z najniższą ceną. Nie została również uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Oferta Nr 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 II115,34-400 Nowy Targ - Cena 2 092 255,11 PLN

Oferta Nr 2 EKOM" M. SPÓŁKA JAWNA, ul. Zakładowa 29, 26-052 Nowin - Cena 2 250 912,18 PLN

Oferta Nr 3 P.U. II. EcoTech K. W. (P.L. H. EcoTech K. W.), ul. Tadeusza Kościuszki 65C, 28-130 Stopnica - cena 1 946 146,75 PLN.

Jak wynika z przedstawionej powyżej informacji z otwarcia ofert, ofertę zawierającą najniższą cenę złożył Wykonawca P.U.H. EcoTech K. W. Oferta najkorzystniejsza to natomiast ta, której wyboru dokonał Zamawiający, a następnie z uwagi na zaoferowaną w tej ofercie cenę, unieważnił postępowanie. Potwierdza to zarówno Komentarz do ustawy PZP sygnowany przez Urząd Zamówień Publicznych, jak i orzecznictwo Izby.

W dniu 05-02-24r. odwołujący złożył pismo, w którym - niniejszym cofam odwołanie w całości wniesione przez Odwołującego w dniu 15.01.2024 r. Jednocześnie wnoszę o dokonanie zwrotu wpisu wniesionego od odwołania na rachunek bankowy, z którego wykonano przelew.

Izba zważyła

Na podstawie zarzutów, żądań, uzasadnienia wniesionego odwołania jak i udzielonej odpowiedzi na odwołanie oraz jej uzasadnienia i wobec cofnięcia odwołania w całości, Izba postanowiła na podstawie art.568 pkt 2 ustawy Pzp, o umorzeniu postępowania odwoławczego jako zbędnego, nakazując zwrot wpisu od odwołania w pełnej wysokości.

W ocenie Izby, w związku z tym, że zamawiający uwzględnił zarzut nr 1 to jest co do braku wystąpienia okoliczności w sprawie, które wskazywałyby na brak możliwości zawarcia ważnej umowy, wobec nadmiernej liczby wymaganych kodów do działalności regulowanej na terenie gminy Zamawiającego, a Izba pogląd Zamawiającego z dnia 05-02-24r. również podziela, pozostał jako sporny zarzut nr 2 (drugi). Co do zarzutu nr 2 zamawiający przedstawił kompleksową i szczegółową prezentację stanowiska, twierdząc o suwerenności jego kompetencji co do ostatecznej kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wnosząc o oddalenie zarzutu pod jego adresem skierowanym przez odwołującego. Izba nie rozstrzyga w zakresie materii tego zarzutu, ponieważ odwołujący w tym samym dniu wniósł pismo, w którym cofnął również zarzut z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. (powyżej cytowany). Niemniej wobec uwzględnienia zarzutu z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp o treści „postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego” to Izba uwzględniając powyższe okoliczności umorzenie postępowania odwoławczego kwalifikuje do pkt 2), a nie do pkt 1) art.568 ustawy Pzp, uznając dalsze postępowanie odwoławcze jako zbędne z innej przyczyny. Bowiem to w gestii i kompetencji zamawiającego, wobec cofnięcia odwołania, należy decyzyja czy zwiększy kwotę do wartości najkorzystniejszej oferty, uchylając czynność unieważnienia postępowania, czy też ją utrzyma w mocy, rozpisując kolejne, nowe postępowanie na 2024 rok. Na marginesie sprawy Izba wskazuje, że interes odwołującego przy wniosku o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, rozumie szeroko przyznając jego istnienie po stronie odwołującego, mimo że jego oferta na dzień składania odwołania nie była najkorzystniejszą, na co wskazywał w stanowisku Zamawiający.

Reasumując powyższe oznacza, że dalsze postępowanie odwoławcze jest zbędne jako bezprzedmiotowe i wyczerpuje treść artykułu przywołanego powyżej (art.568 pkt 2 Pzp). Wobec powyższego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu i zgodnie z §

9 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty o których mowa w § 5 pkt 2 w/w Rozporządzenia znosi się wzajemnie, jeżeli Izba stwierdza, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne. W tym przypadku Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 złotych to jest w wysokości uiszczanego wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:.....**