

Sygn. akt: KIO 38/23

WYROK
z dnia 31 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 i 27 stycznia 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 stycznia 2023 r.** przez wykonawcę: **PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dominowo, ul. Centralna 7, 63-012 Dominowo**

przy udziale wykonawcy **FBSerwis S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Gmina Dominowo, ul. Centralna 7, 63-012 Dominowo unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z 30 grudnia 2022 r. i dokonanie czynności badania i oceny ofert.**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Dominowo, ul. Centralna 7, 63-012 Dominowo** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Dominowo, ul. Centralna 7, 63-012 Dominowo** na rzecz **PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Dominowo” nr referencyjny S.271.7.2022, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12.12.2022 r. pod nr 2022/BZP 00490779 przez: Gminę Dominowo, ul. Centralna 7, 63-012 Dominowo zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo „Pzp”.

W dniu 30.12.2022 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z 457 ust. 1 pkt 1 PZP. Wskazał, że: „Po otwarciu ofert, w trakcie czynności badania, Zamawiający powziął informację, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na braku przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zamawiający ustalając wartości zamówienia dokonał podziału zamówienia na 2 części, tj.

1. Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych
2. Przyjęcie odpadów celem dalszego zagospodarowania

Dla postępowania nr 2, tj. dotyczącego przyjęcia odpadów celem dalszego zagospodarowania została zwarta umowa na mocy porozumienia międzygminnego.

Dla postępowania nr 1, tj. dotyczącego odbioru i transportu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych zostało przeprowadzone postępowanie w trybie podstawowym, dla zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne. Zamawiający powinien ustalić wartość zamówienia w oparciu o łączną wartość usług zagospodarowania, transportu i odbioru odpadów. Należy uznać, że usługi te łączą tożsamość podmiotowa, przedmiotowa i czasowa. W związku z tym wskazuje się na potrzebę zastosowania w przedmiotowej sprawie przepisów właściwych dla łącznej wartości zagospodarowania, odbioru i transportu odpadów. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niewątpliwą wadą, jest brak przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Wskazać należy, że zgodnie z przepisami Ustawy, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów Ustawy udzielił zamówienia bez uprzedniego przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie.

Czynności przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej po terminie składania ofert nie można konwalidować.”

Dnia 04.01.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 30.12.2022 r. złożył PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław zwane dalej: „PreZero Dolny Śląsk Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem art. 255 pkt 6) Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp - poprzez błędne zastosowanie i unieważnienie postępowania, podczas gdy nie zachodziły ku temu przesłanki, gdyż postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- I. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- II. dokonania czynności badania i oceny ofert.

W dniu 12.12.2022 r. Zamawiający w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00490779 ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne realizowanego w trybie podstawowym, zgodnie z art. 275 pkt 1 Pzp. Przedmiotem postępowania jest odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Dominowo.

W postępowaniu złożono dwie oferty tj. oferta wykonawcy FBSerwis S.A. (aktualnie odbierającego odpady od Zamawiającego) z ceną 554 442,00 zł przekraczającą budżet Zamawiającego wynoszący 516 209,14 zł brutto oraz oferta Odwołującego, plasująca się na pierwszej pozycji w rankingu ofert z ceną 469 929,60 zł brutto.

W pierwszej kolejności zaakcentował wymaga, iż sytuacja opisana przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia nie kwalifikuje się do uznania za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony stoi na stanowisku, że niewłaściwie określił wartość szacunkową zamówienia, co miaoby prowadzić do nieprzekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W ocenie Odwołującego pomiędzy zamówieniem, którego przedmiotem jest odbiór i transport odpadów komunalnych,

a zamówieniem na zagospodarowanie odpadów nie zachodzi ani tożsamość przedmiotowa, ani też tożsamość podmiotowa (pomijając już sam fakt, iż nie wiadomo kiedy i na jakich warunkach Zamawiający udzielił zamówienia „w ramach porozumienia międzygminnego”, co również nie pozwala stwierdzić czy istnieje w tym przypadku chociażby korelacja czasowa pomiędzy tymi zamówieniami).

Usługa na sam odbiór i transport odpadów komunalnych jest zupełnie innym świadczeniem niż usługa zagospodarowania odpadów. Ta pierwsza polega na bezpośrednim odbieraniu odpadów z nieruchomości i transportowaniu ich do miejsc wskazanych przez zamawiającego w celu ich dalszego zagospodarowania m.in. do instalacji komunalnej wskazanej przez zamawiającego, z którą posiada odrębną umowę. Natomiast zagospodarowanie odpadów następuje poprzez ich przetworzenie w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 21) ustawy o odpadach tj. dokonanie procesów odzysku lub unieszkodliwiania. O braku tożsamości przedmiotowej, a także tożsamości podmiotowej pomiędzy ww. usługami świadczy również fakt, że są wykonywane w ramach działalności wymagających innych zezwoleń. Wykonawca realizujący świadczenie zagospodarowania odpadów musi dysponować decyzjami na przetwarzanie oraz na zbieranie odpadów (względnie pozwoleńmi zintegrowanymi), a których to zezwoleń nie musi posiadać wykonawca jedynie odbierający odpady od właścicieli nieruchomości. W przypadku odbierania i transportu odpadów wystarczającym jest wpis do rejestru działalności regulowanej oraz rejestru BDO.

Stosownie do treści art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2519) wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Ustawodawca wyraźnie zatem umożliwił zamawiającym dokonanie wyboru pomiędzy prowadzeniem procedury na usługę kompleksową albo zorganizowaniem niezależnych od siebie postępowań na odbiór oraz na zagospodarowanie odpadów. Ratio legis ww. przepisu jest właśnie umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu wykonawców, chociażby z uwagi na konieczność posiadania różnych zezwoleń opisanych powyżej. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający dokonał świadomego wyboru w tym zakresie i zdecydował się na przeprowadzenie dwóch odrębnych postępowań. Jak wskazuje się w orzecznictwie decyzja co do rozdzielenia świadczenia odbioru odpadów i ich zagospodarowania do dwóch niezależnych postępowań pozostaje w gestii Zamawiającego, co potwierdza chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21.05.2013 r. o sygn. akt KIO 1092/13. Podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z 07.05.2013 r. o sygn. KIO 909/13.

Zaakcentowania wymaga również fakt, iż zamówienie nr 2 na zagospodarowanie odpadów, o którym wspomina Zamawiający zostało przeprowadzone w zupełnie innym

„systemie” tj. w ramach porozumienia międzygminnego w rozumieniu art. 74 ustawy o samorządzie gminnym. Fakt ten tym bardziej utwierdza w przekonaniu, iż w niniejszej sprawie nie istniało jedno zamówienie, które miałyby zostać podzielone na części, lecz przewidziano dwa odrębne zamówienia: jedno w ramach porozumienia międzygminnego, drugie w ramach zadań własnych Gminy Dominowo.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej stoi konsekwentnie na stanowisku, że katalog przesłanek unieważnienia na podstawie art. 255 ustawy nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny zamawiający nie może unieważnić postępowania. W szczególności w wyroku z 10.05.2022 r. o sygn. KIO 1074/22 wskazano, że: *„W aktualnym stanie prawnym z art. 459 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wynika, że Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy wyłącznie w tych sytuacjach, o których mowa w art. 457 ust. 1 p.z.p., czyli w tych samych, w których zamawiający mógł zapobiec zawarciu tej umowy dzięki unieważnieniu postępowania jako obarczonego nieusuwalną wadą. Jednak art. 256 p.z.p. przyznaje dodatkowo zamawiającemu uprawnienie do unieważnienia postępowania, ale wyłącznie przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły (bliżej niesprecyzowane w tym przepisie) okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania byłoby nieuzasadnione. W przeciwieństwie do art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 457 ust. 1 p.z.p., przesłanka unieważnienia z art. 256 p.z.p. jest nieostra i pozostawia zamawiającemu pewien luz decyzyjny co do tego, w jakiej sytuacji uzna, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Przy czym, chodzi o okoliczności, które zaistniały lub ujawniły się po wszczęciu postępowania, ale nie później niż do upływu terminu składania ofert. Konkludując, de lege lata o ile na początkowym etapie prowadzonego postępowania zamawiający ma szeroko zakreślone uprawnienie do jego unieważnienia, o tyle po otwarciu ofert ulega ono zawężeniu do ściśle oznaczonych okoliczności.”*

Jak widać, przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp skorelowany jest z art. 457 ust. 1 Pzp, określającym przesłanki unieważnienia umowy w sytuacji, gdy zamawiający dopuści się konkretnych uchybień w procedurze udzielania zamówień. I tak, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
- 2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

- 3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;
- 4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;
- 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

W niniejszej sprawie żadna ze wskazanych wyżej przesłanek nie miała miejsca, a już na pewno nie ta wskazana w punkcie 1 powyżej, ponieważ Zamawiający prawidłowo zamieścił ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych stosownie do ustalonej przed wszczęciem postępowania szacunkowej wartości zamówienia i trybu postępowania jaki prowadził tj. trybu podstawowego bez negocjacji. Oczywistym jest bowiem, że w myśl ww. przepisu, ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych należy umieścić w przypadku procedur, których ustalona przed wszczęciem postępowania szacunkowa wartość zamówienia jest poniżej progów unijnych. Natomiast przekazanie ogłoszenia do Urzędu Publikacji UE ma miejsce wyłącznie w stosunku do zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Nie ziszcza się zatem w niniejszym stanie faktycznym przesłanka do unieważnienia umowy w myśl art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Niemniej jednak z ostrożności podnieść trzeba, iż nawet gdyby uznać, że Zamawiający nieprawidłowo oszacował wartość zamówienia (z czym oczywiście Odwołujący się nie zgadza) to sytuacja niewłaściwego oszacowania wartości zamówienia nie mieści się w hipotezie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który traktuje wyłącznie o niezamieszczeniu ogłoszenia wszczynającego dany rodzaj postępowania (lub ogłoszenia zmieniającego). Przepis art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp odnosi się bowiem do całkowitej bierności Zamawiającego w ww. przedmiocie, a która w niniejszym stanie faktycznym nie nastąpiła, ponieważ Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu zgodnie z przepisami właściwymi dla rodzaju procedury, którą aktualnie prowadzi. Sposób ustalenia przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania szacunkowej wartości zamówienia poniżej progów unijnych wyznaczył ramy prowadzenia postępowania i obligował Zamawiającego do stosowania przepisów właściwych dla prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, a tym samym zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu wyłącznie w Biuletynie Zamówień Publicznych w myśl art. 276 ust. 1 ustawy Pzp. Warto w tym miejscu zauważyć, że Zamawiający przez cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego działał w oparciu o przepisy właściwe dla zamówienia krajowego. Przykładowo Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na złożenie podmiotowych środków dowodowych wynoszący 5 dni, a nie 10 dni jak to ma miejsce w zamówieniach unijnych. Także w zakresie żądanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia podmiotowych środków dowodowych Zamawiający nie żądał informacji z Krajowego Rejestru Karnego, a którego to rodzaju dokumenty są obligatoryjne przy zamówieniach równych lub

przekraczających progi unijne. Co więcej, już na pierwszych stronach Specyfikacji Warunków Zamówienia wyraźnie zaznaczano, że postępowanie prowadzi się w ramach zamówienia, którego wartość jest poniżej progów unijnych. Wreszcie, w informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający zawiadomił: „równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji, o wartości mniejszej niż progi unijne (...)”. Jak widać, nawet po powzięciu wiadomości o rzekomym, niewłaściwym oszacowaniu wartości zamówienia, Zamawiający w dalszym ciągu stosował przepisy właściwe dla postępowań klasycznych poniżej progów unijnych.

Powyższe zapatrywanie znajduje potwierdzenie także w doktrynie. Dla przykładu, w komentarzu do art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stoi: „Omawiany przepis opisuje de facto kilka samodzielnych okoliczności, które mogą potencjalnie stanowić podstawę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomimo dość nieprzejrzystego sformułowania przepisu wszystkie one związane są z zaniechaniem przez zamawiającego zasadniczego obowiązku, jakim jest obowiązek opublikowania ogłoszenia lub przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie. Przez ogłoszenie wszczynające postępowanie należy rozumieć przede wszystkim ogłoszenie o zamówieniu w przypadku tych trybów, w których publikacja takiego ogłoszenia lub przekazanie do publikacji są obowiązkowe w świetle przepisów regulujących przebieg postępowania w danym trybie. W przypadku postępowań o wartości równej lub przekraczającej próg unijny na podstawie art. 130 ust. 1 pkt 1 p.z.p. zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia przez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w przypadku trybu przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego. Z kolei w postępowaniach o wartości mniejszej niż próg unijny zgodnie z art. 276 ust. 1 p.z.p. zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.” (J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 457).

Reasumując, Zamawiający nie był uprawniony do powoływania się na regulacje, które mają zastosowanie wyłącznie do postępowań unijnych, w tym na przepis art. 86 ustawy, zgodnie z którym ogłoszenia przekazywane są przez zamawiającego Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Brak stosowania przedmiotowego przepisu do postępowań klasycznych prowadzonych w trybie podstawowym bez negocjacji wynika wprost z art. 266 Pzp, zgodnie z którym do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowań o udzielenie zamówienia

klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

W świetle powyższego, w niniejszym stanie faktycznym nie zachodzi wada postępowania w postaci nieprzekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

W ramach stanowiska końcowego Odwołujący zaznacza, że wąskie rozumienie ww. przepisów ma na celu ograniczenie nadużywania uprawnień w zakresie możliwości korzystania z unieważnienia postępowania. Wprowadzone prawem ograniczenia mają więc na celu uniknięcie dowolności działań zamawiającego, stwarzając gwarancję pewności obrotu dla podmiotów ubiegający się o zamówienie publiczne. Zastosowanie wykładni rozszerzającej ustawy w sposób prezentowany przez Zamawiającego prowadziłoby do stworzenia regulacji prawnej dającej wprost nieograniczone możliwości unieważniania postępowań o zamówienie publiczne. W celu unieważnienia postępowania (ze względu na przewidywany wynik, który by „nie zadowalał” Zamawiającego) wystarczyłoby bowiem niejako „dopasować” lub „powiązać” przedmiot świadczenia z innymi prowadzonymi procedurami w celu wykazania, że określiło się zaniżoną wartość szacunkową zamówienia powodującą umieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w niewłaściwym miejscu. Wydaje się zatem, że nie taki cel przyświecał ustawodawcy, który przecież wraz z wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znacznie zaostrzył regulacje dotyczące unieważniania postępowań.

Niebagatelne znaczenie ma również przy tym kwestia pewnego rodzaju lojalności kontraktowej. Wraz ze wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zobowiązuje się do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta będzie najkorzystniejsza. Jeżeli więc nie zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty i nie przekroczono kwoty jaka została podana zgodnie z art. 222 ust. 4 Pzp to Zamawiający jest zobligowany do zawarcia umowy z takim wykonawcą. W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 29 maja 2012 r. o sygn. akt IV Ca 527/11, wydany wprawdzie w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, choć nadal zachowujący aktualność na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego: *„punktem wyjścia przy ocenie unormowań dotyczących zamówień publicznych pozostaje zasada lojalności oznaczająca, iż zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia jedynie w celu jego udzielenia. Nie budzi wątpliwości, iż stworzony, z myślą o racjonalnym, efektywnym i optymalnym wydatkowaniu środków publicznych, system zamówień publicznych, nie uchybia ogólnym zasadom zawierania umów określonych przez prawo*

prywatne. Tym samym należy zawsze mieć na względzie, że zamawiający winien uczynić wszystko co możliwe, aby do udzielenia zamówienia publicznego doszło. W ramach powyższej zasady wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest w zasadzie równoznaczne z zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta będzie najkorzystniejsza zgodnie z ustaloną procedurą, a mieścić będzie się w kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tym kontekście unieważnienie postępowania jest wyjątkiem i wszystkie określone w art. 93 ust. 1 pzp przesłanki unieważnienia postępowania winny być poddane wykładni ścieśniającej."

Mając na uwadze ww. cel zamówień publicznych, szukanie niejako „na siłę” przyczyn do unieważnienia postępowania, przeczy jednej z naczelnych zasad prowadzenia postępowania tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w dniu 09.01.2023 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.01.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) FBSerwis S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa zwany dalej: „FBSerwis S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że Zamawiający w trakcie czynności badania powziął informację, że postanowienie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na braku przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, co bez wątplenia stanowi wadę niemożliwą do usunięcia i uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co przesądza o tym, iż decyzja Zamawiającego o unieważnienie przedmiotowego postępowania była uzasadniona faktycznie i prawnie.

W dniu 17.01.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Zamawiający wskazał, że czynność unieważnienia postępowania przetargowego została dokonana w sposób prawidłowy – zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych („Pzp”).

Przeprowadzona przez Zamawiającego – już po otwarciu ofert złożonych w postępowaniu – analiza szacowania wartości zamówienia jednoznacznie wykazała, że Zamawiający błędnie przeprowadził postępowanie na podstawie przepisów dotyczących

zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. Postępowanie powinno natomiast zostać przeprowadzone na podstawie przepisów dotyczących zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. W tym stanie rzeczy, unieważnienie postępowania było konieczne i prawidłowe, a wniesione odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutów dotyczących szacowania wartości zamówienia – należy wskazać co następuje.

Zgodnie z art. 30 ust. 1 Pzp jeżeli zamawiający planuje udzielić zamówienia na roboty budowlane lub usługi w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Przy ustalaniu wartości zamówienia należy posługiwać się kryterium trzech tożsamości – przedmiotowej, podmiotowej oraz czasowej.

W niniejszym przypadku, w odniesieniu do obu części, tzn. postępowania na „odbior i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych” oraz na „przyjęcie odpadów celem dalszego zagospodarowania” zachodzą wszystkie trzy tożsamości – a zatem Zamawiający miał obowiązek zsumować ich wartość, czego nie uczynił.

Odnosnie tożsamości czasowej – obie części zamówienia miały zostać udzielone w tym samym czasie. Innymi słowy – obie umowy miały charakter planowy i dotyczą tej samej perspektywy czasowej.

Odnosnie tożsamości przedmiotowej – obie umowy dotyczą analogicznego przedmiotu, który może być uznany za tożsamy.

Odnosnie tożsamości podmiotowej – obie umowy (części zamówienia) mogłyby zostać zrealizowane przez ten sam krąg wykonawców. Innymi słowy – możliwe byłoby zawarcie jednej umowy na oba zakresy z tym samym wykonawcą.

Okoliczność, że obie usługi mogą – i bywają – zlecane wykonawcom w drodze odrębnych umów stanowi jedynie argument na rzecz ewentualnego podziału zamówienia na części (udzielenia zamówienia w drodze odrębnych postępowań) – okoliczność ta nie ma natomiast wpływu na obowiązek łącznego szacowania wartości obu usług, które stanowią dwie części jednego zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach: wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, **albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.**

Powyższe oznacza jedynie, że gmina ma wybór, czy zawrze jedną, łączną umowę na obie usługi, czy też dwie odrębne. Nieuprawnione jest natomiast „wnioskowanie z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach o braku obowiązku stosowania ustawy Pzp do umów na zagospodarowanie odpadów komunalnych. Jakkolwiek ustawa ta w art. 6d ust. 1 stanowi, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, to nie sposób twierdzić, że przepis ten przesądza o wyłączeniu spod reżimu zamówień publicznych odpłatnych umów, których przedmiotem jest samo zagospodarowanie odpadów” (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2018 r. sygn. KIO/KD 41/18, LEX nr 2639969).

Tym samym, skoro ustawodawca przewidział wariant polegający na udzieleniu jednego łącznego zamówienia na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów – to wartość obu części (odbioru oraz transportu) powinna, zgodnie z zasadami Pzp, podlegać sumowaniu. Rozdzielenie obu części jest bowiem jedynie możliwą opcją i dotyczy „technicznego” sposobu zlecenia tych czynności – razem bądź osobno. Nie zmienia jednak kwalifikacji tych czynności jako jednego zamówienia publicznego. Skoro bowiem analizowane usługi mogą zostać zlecone w ramach jednego zamówienia – to oznacza, że stanowią jedno zamówienie publiczne.

Oznacza to, że do zamawiającego należy „kwestia określenia zakresu usługi objętej przedmiotem zamówienia. Z art. 6d ust. 1 wynika bowiem, że obowiązek udzielenia zamówienia publicznego dotyczy dwóch sytuacji – po pierwsze, odbierania odpadów komunalnych albo po drugie, odbierania i zagospodarowania tychże odpadów. Możliwe jest również przeprowadzenie jednego postępowania przetargowego obejmującego dwa warianty przetargu określone w art. 6d ust. 1 i ich rozdzielenie na dwie umowy obejmujące odpowiednio odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz odbieranie odpadów komunalnych, pod warunkiem określenia odmiennego zakresu czasowego świadczenia wykonawcy. Tym samym dopuszczalne jest, aby najpierw była realizowana umowa obejmująca odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, a następnie po upływie określonego terminu wyłącznie umowa na odbieranie odpadów komunalnych (zob. wyrok KIO z 29.05.2013 r., KIO 1106/13, LEX nr 1343913). Brak natomiast obowiązku, jak i możliwości udzielenia przez organ wykonawczy zamówienia publicznego na samo zagospodarowanie odpadów komunalnych (zob. wyrok WSA w Krakowie z 30.12.2014 r., II SA/Kr 1391/14, LEX nr 1771642)” (Magdalena Budziarek: komentarz do art. 6d [w:]

Budziarek Magdalena, Szymczak Aneta, Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz, WKP 2021).

Powyższe oznacza, że odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych oraz przyjęcie odpadów celem dalszego zagospodarowania stanowią jedno zamówienie publiczne, a ich wartość powinna ulec zsumowaniu (Mariusz Wolski: Czy usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych są tożsame z usługą transportu, która jest znacznie tańsza w porównaniu z usługą odbioru i zagospodarowania, jak należy oszacować wartość takiego zamówienia? LEX, QA 2133469).

W niniejszej sprawie wartość zamówienia w części na: odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych wynosi 516 209,14 natomiast wartość zamówienia w części na przyjęcie odpadów celem dalszego zagospodarowania wynosi 556 746,05 zł.

Odnosnie zarzutów dotyczących czynności unieważnienia postępowania – należy wskazać co następuje.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wada ta musi być *„niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto chodzi o nieprawidłowości rzutujące bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”* (Andrzela Gawrońska-Baran: komentarz do art. 255 [w:] Gawrońska-Baran Andrzel i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022).

Jak słusznie wskazał Odwołujący: „przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp skorelowany jest z art. 457 ust. 1 Pzp, określającym przesłanki unieważnienia umowy w sytuacji, gdy zamawiający dopuści się konkretnych uchybień w procedurze udzielania zamówień”. (str. 5 odwołania).

Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie,

jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Tym samym, „stwierdzenie przez zamawiającego, że na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doszło do błędu przy ustaleniu wartości zamówienia będzie mogło być podstawą do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. – lecz jedynie w sytuacji, gdy błąd ten spowodował, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przykładowo może tak się stać, gdyby wynikiem wadliwie przeprowadzonej procedury stało się zawarcie umowy bez uprzedniego przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie” (Wojciech Bereszko: Czy jest możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie podstawowym z powodu błędnie oszacowanej wartości wynagrodzenia dla wykonawcy przez zamawiającego? LEX, QA 2156360).

W dniu 26.01.2023 r. (e-mailem) Odwołujący przesłał replikę do odpowiedzi na odwołanie podtrzymując zarzuty i żądania z odwołania. Pismo zostało podpisane tak jak odwołanie. Zamawiający podniósł, że już po otwarciu ofert zweryfikował wartość zamówienia i uznał, że przekracza próg unijny. W jego ocenie zastosowanie powinien znaleźć art. 30 ust. 1 Pzp regulujący zasady szacowania zamówień udzielanych w częściach. W efekcie stwierdził, że powinien zsumować wartość przedmiotowego zamówienia (na odbiór i transport odpadów) z zamówieniem na ich zagospodarowanie. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Stoi bowiem w sprzeczności z wykładnią przepisów oraz utrwaloną od lat praktyką. W kwestii tożsamości przedmiotowej, podmiotowej oraz czasowej Odwołujący szeroko wypowiedział się już w odwołaniu, negując łączne wystąpienie tych trzech kryteriów. Aktualnie Zamawiający próbuje przekonać, że jednak zachodzą, co jednak znamienne, nie przedstawił żadnego przekonującego uzasadnienia w tym kontekście. Ograniczył się do jednozdaniowych wypowiedzi. Nawet w odniesieniu do zbieżności terminowej nie określił z czego wynika.

Z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wiadomo jedynie, że zagospodarowanie odpadów odbywa się na podstawie umowy zawartej na mocy porozumienia międzygminnego. Nie wyjaśniono jednak kiedy to nastąpiło, z kim podpisano kontrakt, jaka gmina prowadziła postępowanie. Zamawiający te fakty przemilczał. Natomiast w domenie publicznej (strony internetowej) można odnaleźć dokumenty z których wynika, że chodzi o porozumienie międzygminne zawarte 7 października 2008 r. w sprawie powierzenia Gminie Jarocin przygotowania i wykonania zadania pn. „Zagospodarowanie i nadzór nad

funkcjonowaniem systemu gospodarki odpadami i osadami dla gmin objętych POROZUMIENIEM wraz z budową Zakładu Zagospodarowania Odpadów Jarocin z siedzibą w Witaszczykach z ewentualnymi punktami przeładunkowymi”. Trudno powiedzieć od kiedy sygnatariuszem porozumienia jest Gmina Dominowo ale uchwała nr X/48/2011 Rady Gminy Dominowo z dnia 30 listopada 2011 r. w sprawie Aneksu nr 3 do wspomnianego porozumienia (określającego wysokość wpłat finansowych poszczególnych gmin) świadczy, że co najmniej od 11 lat!

Nie zachodzi zatem korelacja czasowa między zamówieniami. Co więcej, z natury swej prowadzenie takich postępowań nie może odbywać się jednocześnie. Wszak podstawowym elementem opisu przedmiotu zamówienia na odbiór odpadów jest wskazanie instalacji, do której mają być przetransportowane. Do czasu rozstrzygnięcia postępowania na zagospodarowanie nie można zatem ogłosić zamówienia na odbiór. Kolejno, Zamawiający upatruje tożsamości przedmiotowej wskazując, że „obie umowy dotyczą analogicznego przedmiotu”. Jest to oczywiście nieuprawnione stwierdzenie. Nie ma wątpliwości co do tego, że mamy do czynienia w jednym przypadku z usługą transportu, a w drugim z usługą zagospodarowania odpadów. Świadczenia te są diametralnie inne, wymagają różnych kompetencji, a przede wszystkim odmiennych uprawnień (co było omówione w odwołaniu i nie zostało zanegowane). Na marginesie warto odnotować, że gdyby były faktycznie tożsame, to najpewniej również zostały by uwzględnione w porozumieniu międzygminnym. Skoro Zamawiający zdecydował się na partycypację w takim projekcie, i upatruje w tym korzyści, to dlaczego miałyby nie objąć nim także transportu, jeśli „umowy dotyczą analogicznego przedmiotu”...? Tymczasem Zamawiający zdecydował o oddzielnym traktowaniu tych usług, widząc w zagospodarowaniu potencjał do wspólnego przedsięwzięcia, w którym interes ma kilka gmin. Są to dodatkowe przesłanki świadczące o niezależności zamówień.

Co się tyczy tożsamości podmiotowej to ponownie Zamawiający gołosłownie podnosi, że zamówienia mogłyby zostać wykonane przez ten sam krąg wykonawców. Nie daje żadnych przykładów takich firm, a nawet nie wskazuje, że podmiot, któremu powierzono zagospodarowanie (ZGO Sp. z o.o. - Wielkopolskie Centrum Recyklingu) faktycznie zajmuje się także transportem. Zarazem doświadczenie życiowe prowadzi do zgoła odmiennych wniosków. Praktyka wskazuje, że usługi zagospodarowania odpadów są świadczone przez wąskie grono wykonawców, często innych, niż podmioty, które je jedynie transportują. W przypadku Gminy Dominowo w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości figuruje 8 podmiotów. Nie zajmują się one zagospodarowaniem, w szczególności nie ma wśród nich ZGO Sp. z o.o. - Wielkopolskie Centrum Recyklingu.

Skokowo większa liczba firm trudniących się jedynie transportem dotyczy praktycznie wszystkich gmin. Najbardziej wyrazistym tego przykładem jest m.st. Warszawa gdzie w rejestrze figurują aktualnie 43 podmioty, a jak wiadomo zagospodarowaniem faktycznie zajmują się tylko 3 (MPO, Błysk, Lekaro). Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wprost zakłada możliwość zawierania odrębnych umów na odbiór (transport) i zagospodarowanie. Stanowi zatem, że te usługi nie muszą być traktowane łącznie i od zamawiających zależy jaki model uznają za optymalny. Natomiast na gruncie Pzp w zasadzie każde zamówienie można podzielić na części. Inną kwestią jest ustalenie ich wartości. Przepisy ucpG nie musiały zatem dopuszczać takiego podziału, bo on i tak był dozwolony przed wejściem w życie art. 6d tej ustawy w obecnym brzmieniu. Przepisy ucpG utwierdzają natomiast w przekonaniu, że w sytuacji odrębnych zleceń mamy do czynienia z dwoma niezależnymi zamówieniami, a nie jednym zamówieniem podzielonym na części.

Nadmienił, że odmienny charakter omawianych usług jest ogniskiem prowadzonego od lat sporu doktrynalnego na gruncie art. 6d ust. 1a ucpG. Ścierają się poglądy dotyczące interpretacji określenia „przetarg na odbieranie odpadów”. One zasadniczo nie rzutują na przedmiot niniejszej sprawy (W tym kontekście irrelevantna jest cytowana przez Zamawiającego uchwała KIO z 9.11.2018 r. (KIO/KD 41/18), która opowiada się jedynie za koncepcją objęcia prawem zamówień publicznych umów na samo zagospodarowanie odpadów, nie dotykając kwestii ustalania wartości zamówienia. Przy czym tut. Izba wyraziła pogląd odmienny niż w wyroku NSA z dnia 24 września 2014 r. (II OSK 1314/14), w którym NSA stwierdził, że ustawodawca ograniczył swobodę gminy w zakresie wyboru sposobu i formy realizacji zadania odbioru odpadów komunalnych poprzez obowiązek zorganizowania przetargu i to również wówczas, gdy zadania te miałyby wykonywać spółka utworzona przez gminę. Natomiast nie odnalazł podstawy prawnej do konstruowania obowiązku zorganizowania przetargu na samo zagospodarowanie odpadów.), za wyjątkiem jednego istotnego aspektu. Nikt nie ma wątpliwości, że ustawowe rozróżnienie odbioru i zagospodarowania ma charakter systemowy. Ustawodawca adresuje odmienne regulacje do poszczególnych zamówień, co oznacza, że mogą, ale nie muszą stanowić jednego przedsięwzięcia. Wykazują bowiem istotne odrębności nakazujące indywidualne podejście już na poziomie ustawowym.

Podsumowując, nie ma żadnych argumentów na rzecz sumowania wartości zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem (odbiór i transport) z innym zamówieniem (którego być może nawet nie udzielał Zamawiający, jeśli zrobiła to inna gmina na jego rzecz). Co istotne, również sam Zamawiający dotychczas nie widział tego rodzaju zależności. W grudniu 2021 r. wszczął postępowanie na odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Dominowo prowadząc je w trybie podstawowym. Odpady również wówczas były kierowane do ZGO Sp. z o.o. -

Wielkopolskie Centrum Recyklingu z siedzibą na ul. Mariusza Małyncza 1 Witaszyczki, 63-200 Jarocin, a Zamawiający nie łączył wartości odbioru i zagospodarowania. Również inne gminy traktują wspomniane zamówienia niezależnie. Nie można się zgodzić z tezą, że rozdzielenie postępowań dotyczy „jedynie technicznego sposobu zlecenia tych czynności”. Obie formuły wykazują fundamentalne różnice, wymuszane nie tylko specyfiką tych świadczeń (indywiduowanie kreowane przez zamawiających postanowienia kontraktowe), ale przede wszystkim względami prawnymi. Jak zostało to już wielokrotnie podkreślane chodzi o inne uprawnienia (decyzje), doświadczenie, treść ofert itd. Również nie uzasadniony jest wniosek Zamawiającego, że skoro usługi mogą zostać zlecone w ramach jednego zamówienia, to oznacza, że stanowią (w domyśle: zawsze) jedno zamówienie. Zamawiający może wszak jednym zamówieniem objąć usługi dowozu dzieci do szkół i transportu odpadów. Albo dostawy węgla i artykułów spożywczych (dopuszczając każdorazowo oferty częściowe). Nie oznacza to bynajmniej, że mamy do czynienia z zamówieniami podobnymi, do których stosuje się reguła z art. 30 ust. 1 Pzp, także w przypadku ich rozdzielnego traktowania.

Od strony 4 odpowiedzi Zamawiający w zasadzie ogranicza się do cytowania komentarzy i orzeczeń, które za wiele nie wnoszą do sprawy, tudzież przedstawione fragmenty są wyrwane z kontekstu i nie sposób wywieść intencji autorów. Najlepszym tego przykładem niech będzie wyrok WSA w Krakowie z 30.12.2014r., za którym Zamawiający podniósł, iż nie ma możliwości udzielenia przez organ wykonawczy zamówienia publicznego na samo zagospodarowanie odpadów. Tymczasem WSA stwierdził, że możliwe jest powierzenie spółce komunalnej realizacji zadania własnego gminy zagospodarowania odpadów komunalnych bez konieczności przeprowadzenia procedury przetargowej. Jest to orzeczenie dotyczące tematyki podlegania pod reżim Pzp zamówień na zagospodarowanie, która to kwestia bezpośrednio nie dotyczy przedmiotu sporu w niniejszej sprawie. Niemniej w wyroku akcentuje się odmienną ustawowych regulacji z zakresu odbierania oraz zagospodarowania, co wzmacnia tezę Odwołującego, że mamy do czynienia z dwoma różnymi postępowaniami.

Trudno skomentować pogląd M. Wolskiego, rzekomo stanowiący o obowiązku sumowania wartości zamówień, bowiem dostęp do niego jest limitowany. Wiadomo natomiast, że nie jest to opinia prawna, ani nawet artykuł (glosa itp.) szerzej omawiający określone zagadnienie. Jest to jedynie odpowiedź na pytanie, które zostało sformułowane bardzo myląco. Jest w nim mowa o usłudze odbioru i zagospodarowania oraz usłudze transportu, podczas gdy usługa „odbioru i zagospodarowania” z istoty swej obejmuje transport (jeśli więc tego dotyczy pytanie, to odpowiedź jest oczywista i nic nie znacząca w obecnej sprawie).

Argumentacja przedstawiona w cz. III pisma Zamawiającego stanowi konsekwencję błędnego przekonania Zamawiającego o wadliwie ustalonej wartości zamówienia. Ponadto zawiera wrywkowo wklejone stanowiska z piśmiennictwa (fragment bardzo ogólnej tezy z komentarza A. Gawrońskiej - Baran) oraz ponownie odpowiedź na pytanie (LEX QA), którą trudno uznać za wytyczną dla Krajowej Izby Odwoławczej.

W tych okolicznościach Odwołującemu pozostaje podtrzymać stanowisko wyrażone wcześniej w odwołaniu, iż wobec zamieszczenia ogłoszenia w BZP (adekwatnie do ustalonej przed wszczęciem postępowania wartości zamówienia poniżej progów unijnych) nie może mieć zastosowania art. 255 pkt 6 Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący w rankingu złożonych ofert zajął pierwsze miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów i unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności protokołu postępowania DRUK ZP-TP, postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, oferty Odwołującego i Przystępującego oraz informacji o unieważnieniu postępowania z 30.12.2022 r.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego na okoliczności wskazane w piśmie:

- Symulacja kosztów na rok 2023 - odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Dominowo, Przyjęcie odpadów celem dalszego zagospodarowania.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do pisma Procesowego Odwołującego (replika) na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) uchwała nr X/48/2011 Rady Gminy Dominowo z dnia 30 listopada 2011 r.
- 2) wyciąg z rejestru działalności regulowanej (gm. Dominowo)
- 3) <https://odpavbip.um.warszawa.pl/reiestr lst.aspx> (jedyne przywołany adres internetowy)

- 4) Specyfikacja Warunków Zamówienia, informacja z otwarcia ofert, informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 5) protokół ZP Gminy Radom.

W poczet materiału dowodowego Izba złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- 1) Kopie umowy Nr – WCR/20/2022 na zagospodarowanie odpadów w instalacji przetwarzania odpadów komunalnych w Witaszyczkach z 21.11.2022 r. na okoliczność tożsamości czasowej z postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego;
- 2) Kopie informacji z otwarcia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz SWZ z Gminy Kostrzyń w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „*Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów wystawkowych z terenu Gminy Kostrzyń*” na okoliczność tego, że nawet podmioty nie mający instalacji mogą samodzielnie uczestniczyć w postępowaniu na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, tj. odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, pisma Odwołującego (replika), stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 255 pkt 6) Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp - poprzez błędne zastosowanie i unieważnienie postępowania, podczas gdy nie zachodziły ku temu przesłanki, gdyż postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, oraz pisma Odwołującego (replika). Nie kwestionowano stanu faktycznego, ale dopuszczalność czynności unieważnienia postępowania przez Zamawiającego z uwagi na brak ujęcia w szacunku przedmiotowego zamówienia wartości szacunkowej usługi zagospodarowania odpadów.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach zarzutu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu odwołania, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zwana dalej: „u.c.p.g.” stanowi *lex specialis* do ustawy PZP. W tym kontekście można wskazać na kwestie liczenia ceny za 1 mg. Zgodnie bowiem z art. 6f ust. 3 i 4 u.c.p.g.: „3. Podstawę ustalenia wynagrodzenia za odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości stanowi stawka za 1 Mg odebranych odpadów komunalnych. 4. Podstawę ustalenia wynagrodzenia za zagospodarowywanie odpadów komunalnych stanowi stawka za 1 Mg zagospodarowanych odpadów komunalnych”. Uzasadnieniem, na zobowiązania gmin do odejścia od możliwości stosowania rozliczeń ryczałtowych na rzecz rozliczeń tonażowych, był wzgląd na to, że „możliwość ryczałtowego rozliczania się utrudniała gminom kontrolę nad strumieniem odpadów komunalnych oraz mogła prowadzić do podwyższenia kosztów systemu (przez przeszacowanie kosztów odbioru odpadów komunalnych).” (Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustawy, druk nr 3495, s. 7).

Z tych względów nie można w sposób prosty podchodzić do przedmiotu sporu. Niewątpliwie bowiem Zamawiający ma wynikające z art. 6 d u.c.p.g. prawo wyboru – czy przeprowadzi postępowanie na całość czyli odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów, czy też oddzielnie na odbiór i transport odpadów, oddzielnie na zagospodarowanie odpadów. Każdorazowo jest to samodzielna decyzja jednostki samorządu terytorialnego. Zamawiający w tym zakresie winien niewątpliwie brać pod uwagę tożsamość wykonawcy, a innymi słowy, warunki panujące na danym rynku usług. Jeżeli zgodnie z warunkami rynkowymi inne grupy wykonawców zajmują się odbiorem odpadów (transportem), a inne ich zagospodarowaniem, wówczas mamy do czynienia z dwoma odrębnymi zamówieniami, udzielanymi w procedurach stosownych dla ich poszczególnych wartości.

Jednakże w tym stanie faktycznym istotna jest kwestia innego rodzaju, tzn. czy szacowanie wartości przedmiotu zamówienia przy przedmiocie obejmującym tylko odbiór i transport odpadów, także zagospodarowania odpadów, czyli odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów umożliwiłoby prawidłową weryfikację, badanie pod względem ewentualnej ceny rażąco niskiej, w kontekście 30 % (art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 PZP). W tym wypadku, należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

W konsekwencji nie można uznać, że mamy do czynienia z nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w niniejszym bowiem wypadku przedmiotem zamówienia był tylko odbiór i transport odpadów i ten przedmiot został oszacowany przez Zamawiającego. W rezultacie

ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane we właściwym publikatorze, a dokonane unieważnienie postępowania było wadliwe.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w sentencji wyroku na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła, jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwoty 7 500,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień 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 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: