

**WYROK**  
**z dnia 2 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Emil Kawa**

**Ewa Kisiel**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie 29 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2020 roku przez wykonawcę PreZero Recycling Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrowie Pierwszym w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Związek Międzygminny Obra z siedzibą w Berzynie

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i skrócić do 30 września 2020 r. okres obowiązywania Umowy nr 48.ZMO.2020 zawartej 7 maja 2020 r. w Wędrzynie pomiędzy Związkiem Międzygminnym Obra z siedzibą w Berzynie, a P. O. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjne P. O. z siedzibą w Wąbiewie.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

.....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Związek Międzygminny Obra z siedzibą w Berzynie (dalej Zamawiający) prowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie w trybie z wolnej ręki (na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp) pod nazwą: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gmin – uczestników Związku Międzygminnego Obra”, numer: ZMO.GO.271.3.2020, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ogłoszone zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 083-197320. Wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W wyniku przeprowadzonego postępowania Zamawiający 7 maja 2020 r. udzielił zamówienia i zawarł umowę z nr 48.ZMO.2020 z P. O. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjne P. O. z siedzibą w Wąbiewie.

8 maja 2020 r. PreZero Recycling Zachód sp. z o.o. z siedzibą w Piotrowie Pierwszym (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu, że:

1. wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki mimo braku ustawowych przesłanek wyboru tego trybu dla zamówienia, wskutek czego naruszył przepisy art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp;
2. zawarł umowę podlegającą unieważnieniu w związku z naruszeniem przepisów Pzp przez niezasadne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, czym naruszył art. 146 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut nr 2 został podniesiony z ostrożności, na wypadek gdyby Zamawiający do czasu wniesienia odwołania zawarł umowę w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu określenia terminu wykonania zamówienia na okres nie dłuższy niż 3 miesiące od daty zawarcia umowy z wykonawcą,
2. z ostrożności, na wypadek gdyby Zamawiający zawarł umowę w wyniku przedmiotowego postępowania - orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania

umowy zawartej między Zamawiającym, a wybranym w postępowaniu wykonawcą do 3 miesięcy od daty jej zawarcia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiającego i Odwołującego łączyła umowa z 29 maja 2019 r. na przyjmowanie i zagospodarowanie odpadów pochodzących z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie Związku Międzygminnego Obra, zawarta na czas nieokreślony. 31 stycznia 2020 r. Zamawiający wypowiedział ww. umowę, ze skutkiem na koniec kwietnia 2020 r. Następnie, 13 lutego 2020 r., Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gmin – uczestników Związku Międzygminnego Obra. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, jego przedmiotem był załadunek, transport i zagospodarowanie następujących odpadów:

1. 20 03 01 – niesegregowane zmieszane odpady komunalne – szacunkowa roczna ilość odpadów – 17 500 Mg,
2. 20 03 03 – odpady z czyszczenia ulic i placów – szacunkowa roczna ilość odpadów – 500 Mg,
3. 20 02 01 – odpady ulegające biodegradacji – szacunkowa ilość odpadów – 3 500 Mg.

Termin wykonania zamówienia określono datami od 1 maja 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r.

W ww. postępowaniu złożono dwie oferty, przy czym oferta Odwołującego, stawającego w konsorcjum z innymi spółkami z tej samej grupy kapitałowej (co wymusiły warunki udziału przewidujące zagospodarowanie odpadów wyłącznie w instalacji komunalnej posiadanej przez wykonawcę), była najkorzystniejsza. Powyższy przetarg został unieważniony w dniu 30 marca 2020 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

28 kwietnia 2020 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2020/S 083-197320 ukazało się ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na wykonanie usługi: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gmin – uczestników Związku Międzygminnego Obra”, nr ref: ZMO.GO.271.3.2020, którego wartość określono na kwotę 8 445 000,00 zł, przy czym początkowa szacunkowa całkowita wartość zamówienia wynosiła 9 300 000,00 zł. Wykonawcą, z którym Zamawiający zamierzał zawrzeć umowę był P. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjne P. O. . W treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wskazał jako podstawę swojego działania art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykazał przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki. Uzasadnienie zawarte w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante zostało sporządzone w sposób lakoniczny, uniemożliwiający potencjalnym wykonawcom pełne zbadanie prawidłowości zastosowanego trybu.

Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu zawartym w ogłoszeniu z 28 kwietnia 2020 r. aby wystąpiły kumulatywnie wszystkie okoliczności powołane w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. W ocenie Odwołującego nie została spełniona przesłanka dotycząca konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia z przyczyn nie leżących po stronie zamawiającego. W uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki Zamawiający powołał się na wypowiedzenie umowy z dotychczasowym wykonawcą, którym był Odwołujący. Fakt wypowiedzenia tej umowy przez Zamawiającego oznaczał, że zaprzestanie jej wykonywania zostało spowodowane działaniem Zamawiającego, a więc okolicznościami leżącymi stronie Zamawiającego. To on decydował o tym jaki należy zachować termin obowiązywania dotychczasowej umowy. Zamawiający mógł przedmiotową umowę wypowiedzieć później, w taki sposób, aby zapewnić sobie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym, z zachowaniem terminów określonych ustawą Pzp albo rozwiązać ją po rozstrzygnięciu przetargu. Zamawiający podał bardzo lakoniczne przyczyny wypowiedzenia umowy odwołując się do zmian przepisów prawa tj. nowelizacji ustawy z dnia 3 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2010, dalej: Ucpq) i zniesieniem regionów zagospodarowania. Zmiany te w żaden sposób nie wpłynęły na możliwość realizacji dotychczasowej umowy przez Odwołującego, gdyż instalacja Odwołującego funkcjonowała bez zmian, nastąpiło jedynie jej przemianowanie z regionalnej instalacji przetwarzania odpadów na instalację komunalną, do której w dalszym ciągu można było przekazywać odpady do zagospodarowania. Ponadto zmiany przepisów prawa dotyczące zniesienia regionalizacji weszły w życie 6 września 2019 r. Odwołujący zatem przez blisko 9 miesięcy od zmiany przepisów realizował umowę z Zamawiającym. Możliwe było przekazywanie odpady do dotychczasowych RIPOK-ów, które przemianowano na instalacje komunalne więc kontrakt z dotychczasowym wykonawcą mógł być kontynuowany do czasu rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Uznanie rozwiązania umowy za sytuację wyjątkową oraz nieprzewidywalną było bezpodstawne i wykraczało poza przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zdaniem Odwołującego okolicznością nieprzewidywalną jest taki przypadek, którego wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować

dłużnik.

Odwołujący powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych i podniósł, że natychmiastowość wykonania musi być konsekwencją okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć, a potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Zawarcie umowy na warunkach wskazanych przez Zamawiającego, tj. do końca roku 2020 r. było całkowicie nieuzasadnione i nie spełniało przesłanki natychmiastowości i braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. W ocenie Odwołującego nie sposób było uznać, iż zaistniała natychmiastowa potrzeba, uzasadniająca udzielenie zamówienia na tak długi czas. Każde zamówienie realizowane w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia oraz zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego dla zamówienia określonego zakresem do końca roku (tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie) można było zachować terminy określone dla innych trybów postępowania. Unieważnione postępowanie, które poprzedziło przedmiotowe postępowanie trwało ok. 1,5 miesiąca. Zamawiający mógł więc oszacować, że postępowanie w trybie konkurencyjnym będzie trwało od 2 do 3 miesięcy.

Jak wynika ze sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 roku, czas trwania postępowania dla zamówień o wartościach powyżej progów unijnych wyniósł 95 dni (a na usługi tylko 82 dni), a w 2017 r. 93 dni, a zatem średnio 3 miesiące. Tym samym czas realizacji umowy zawartej w trybie z wolnej ręki do końca roku 2020 r. powinien zostać skrócony do 3 miesięcy. Nieuzasadnionym było zawieranie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na 9 miesięcy tj. na czas aż trzykrotnie dłuższy niż potrzebny do przeprowadzenia przetargu.

Zamawiający chcąc rzeczywiście zminimalizować negatywne skutki luki w wykonywaniu zamówienia powinien był rozważyć możliwość skorzystania z trybu pozaprzetargowego jedynie w celu zabezpieczenia świadczenia usługi zagospodarowania odpadów na okres niezbędny do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę na fakt, że Zamawiający zaprosił do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki podmiot, którego oferta w uprzednio unieważnionym postępowaniu była mniej korzystna od oferty Odwołującego oraz który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu i nie posiadał wymaganej infrastruktury.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób celowy i świadomy doprowadził do sytuacji, w której doszło do rozwiązania umowy z poprzednim wykonawcą w taki sposób, aby zamówienie stało się na tyle naglące, by można było się powołać na bezzwłoczną potrzebę udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy, z pominięciem procedury przetargowej i przeprowadzić postępowanie w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający podjął w ten sposób próbę ominięcia zasad określonych w ustawie Pzp, ograniczając przy tym prawa podmiotów funkcjonujących na rynku do konkurencji o udzielenie zamówienia na równych warunkach. W zaistniałym stanie faktycznym nie było przesłanek do zawarcia w trybie zamówienia z wolnej ręki umowy na świadczenia ciągłe przez okres do końca bieżącego roku. Nawet gdyby bowiem przyznać Zamawiającemu prawo do skorzystania z tego trybu to zakres zamówienia, determinowany czasem, powinien ograniczać się jedynie do terminu, który był absolutnie niezbędny do usunięcia skutków przedwczesnego zakończenia wykonywania usług przez dotychczasowe wykonawcę (co również de facto nie zostało w żaden sposób uzasadnione przez Zamawiającego).

Zamawiający 28 czerwca 2020 r. wniósł odpowiedź na odwołanie i wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 2 Pzp, a w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku,
2. oddalenie odwołania bez merytorycznego rozpoznania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie legitymował się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w sposób określony w art. 179 ust. 1 Pzp.

Z ostrożności procesowej, w razie nieuwzględnienia przez Izbę ww. wniosków, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m.in.:

Zamawiający przeprowadził postępowanie na podstawie art 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W związku z nowelizacją Ucpg i zniesieniem regionów zagospodarowania 13 lutego 2020 r. wszczął postępowanie na zagospodarowanie odpadów zebranych na obszarze działania Związku. Pierwotne otwarcie ofert zaplanowano na dzień 18 marca 2020 r. jednak wobec wprowadzenia ograniczeń związanych z pojawieniem się zagrożenia epidemiologicznego, termin ten przesunięto o 7 dni tj. na 25 marca 2020 r. Jednocześnie mając na uwadze

prognozowane terminy jego rozstrzygnięcia Zamawiający wypowiedział z dniem 30 kwietnia br. dotychczasową umowę. W postępowaniu złożono dwie oferty, których ceny w znaczący sposób przekraczały kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. 30 marca 2020 r. postępowanie zostało unieważnione. Biorąc pod uwagę bezwzględną konieczność zagospodarowania wytworzonych odpadów komunalnych oraz:

1. utrudnienia i ograniczenia wynikające z ogłoszonego stanu epidemii, w tym ograniczenia w czasie świadczenia pracy,
2. otrzymania listu intencyjnego z Gminy Nowy Tomyśl o chęci przystąpienia do Związku Międzygminnego Obra od 1 stycznia 2021 roku,
3. określony na 30 kwietnia 2020 r. termin zakończenia dotychczas obowiązującej umowy,

Zamawiający zdecydował o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Podstawą skutecznego wniesienia odwołania jest wypełnienie przez wnoszącego odwołanie materialno-prawnej przesłanki, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej ma tylko ten podmiot, który wykaże przede wszystkim interes w uzyskaniu zamówienia, a ponadto możliwość poniesienia szkody. Odwołujący powołując się na przepis art. 179 ust. 1 Pzp, stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem działanie Zamawiającego polegające na udzieleniu zamówienia z wolnej ręki spowodowało utratę przez Odwołującego szansy na wygranie postępowania, a tym samym Odwołujący został narażony na znaczną szkodę.

Zdaniem Odwołującego posiadanie przez niego legitymacji czynnej do wniesienia odwołania jest fakt, iż w unieważnionym postępowaniu jego oferta była wyraźnie tańsza od oferty wykonawcy PPH P. O. . Zamawiający wskazał, że w unieważnionym postępowaniu oferty nie złożył Odwołujący, a konsorcjum wykonawców, w skład którego wchodził Odwołujący. Odwołujący nie złożył więc oferty na udzielenie zamówienia, lecz brał udział w przywoływanym postępowaniu jako członek konsorcjum. Odwołujący tym samym wywiódł swoją legitymację do wniesienia odwołania z ewentualnej legitymacji innego podmiotu tj. ww. konsorcjum. Odwołujący nie wykazał przy tym, iż ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Z tego względu Zamawiający wskazał, że odwołanie powinno zostać odrzucone lub oddalone bez merytorycznego bez rozpoznania.

Zamawiający jako związek realizujący zadania jednostek samorządu terytorialnego, którego głównym celem jest sprawna obsługa mieszkańców m.in. w tak bardzo istotnej dziedzinie jak zagospodarowanie odpadów komunalnych zobowiązany był do realizacji zadań



ustawowych. Zamawiający przeprowadził procedurę z wolnej ręki zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający uważa, że udzielając zamówienia z wolnej ręki wyczerpał przesłanki określone w 67 ust. 1 pkt 3 Pzp i nie naruszył zasady konkurencyjności określonej w art. 7 Pzp. Konieczność udzielenia zamówienia nie wynikała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że udzielając zamówienia nie miał możliwości zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów postępowania. Tryb zamówienia z wolnej ręki był jedynym, który dawał możliwość natychmiastowego rozpoczęcia zagospodarowania odpadów. Po unieważnieniu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, z uwagi na kwoty zaproponowane przez wykonawców w tym postępowaniu, Zamawiający zweryfikował instalacje z innych regionów, które miały wolne moce i pozwoliłyby na uzyskanie lepszych warunków finansowych. Żaden przepis prawa nie nakładał na Zamawiającego obowiązku przeprowadzenia procedury zamówienia z wolnej ręki z podmiotem, który w unieważnionym postępowaniu zaoferował lepszą cenę. Decyzja, co do wyboru takiego podmiotu należy do Zamawiającego.

Z przywołanego przez Odwołującego sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 roku wynikało, że czas trwania postępowania dla zamówień o wartościach powyżej progów unijnych wyniósł dla usług 82 dni. Tym samym Zamawiający przewidział odpowiedni termin - przetarg nieograniczony został wszczęty 13 lutego 2020 r. Jednak z uwagi na ograniczenia w funkcjonowaniu organów i instytucji procedura uległa wydłużeniu. Zamawiający po unieważnieniu postępowania nie miał możliwości przeprowadzenia ponownej procedury, z uwagi na wspomniane ograniczenia w funkcjonowaniu organów i podmiotów, w związku z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii.

Ogłoszenie ex ante dotyczące wszczęcia procedury wolnej ręki zostało opublikowane 28 kwietnia 2020r. tj. w okresie największych obostrzeń w zakresie epidemii. Zamawiający był stanie przewidzieć zmian warunków funkcjonowania państwa. M. in. to z tego powodu Zamawiający zdecydował się na zawarcie umowy do końca 2020 r. Z doniesień prasowych wynikało, że jesienią funkcjonowanie organów może również ulec zmianie, dlatego niemożliwym było zawarcie umowy na krótszy okres. Ponadto wytyczne w zakresie gospodarowania odpadami ulegały w międzyczasie kilkukrotnym zmianom. W tak nieprzewidywalnych warunkach nie dało się wnioskować, że krótszy okres byłby właściwy, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że od stycznia 2021 r. wielkość Związku Międzygminnego Obra, a co za tym idzie również ilość odpadów, może ulec znacznemu zwiększeniu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego zmierzającego do wykazania, w oparciu o twierdzenie o braku legitymacji czynnej Odwołującego do wniesienia odwołania, że powinno ono zostać odrzucone. Przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp mają charakter materialnoprawny, zatem ich spełnienie podlega ocenie w toku rozprawy. Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Sporządzone przez Zamawiającego 3 kwietnia 2020 r. uzasadnienie udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki sprowadzało się do przedstawienia ciągu zdarzeń, który prowadził do zawarcia umowy z P. O. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjne P. O. . Podstawy decyzji Zamawiającego o udzieleniu zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp ograniczały się do następujących argumentów: „W związku z nowelizacją ucpg i zniesieniem regionów zagospodarowania Zarząd ZM „Obra” w dniu 10 lutego 2020 r. przekazano Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej a następnie opublikowano 13 lutego 2020 r. pod nr 2020/S/031-72587 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o przetargu na zagospodarowanie odpadów zebranych na obszarze działania Związku o kodach:

20 03 01 — niesegregowane zmieszane odpady komunalne

20 03 03 — odpady z czyszczenia ulic i dróg

20 02 01 — odpady ulegające biodegradacji.

Pierwotne otwarcie ofert zaplanowano na dzień 18.03.2020 r. jednak wobec wprowadzenia ograniczeń związanych z pojawieniem się zagrożenia epidemiologicznego, termin ten przesunięto o 7 dni tj. na dzień 25.03.2020 r. Jednocześnie mając na uwadze prognozowane terminy jego rozstrzygnięcia wypowiedziano z dniem 30 kwietnia br. umowę instalacji, do której wcześniej przynależność była obowiązkowa. Do tak ogłoszonego przetargu złożono

dwie oferty, które przekraczały w sposób znaczący (nie mniej niż 37%) kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Wobec powyższego w dniu 30 marca br. podjęta została decyzja o unieważnieniu postępowania przetargowego. Biorąc pod uwagę bezwzględną konieczność zagospodarowania wytworzonych odpadów komunalnych oraz:

- utrudnienia i ograniczenia wynikające z ogłoszonego stanu epidemii, w tym ograniczenia w czasie świadczenia pracy;
  - otrzymania listu intencyjnego z Gminy Nowy Tomyśl o chęci przystąpienia do Związku z dniem 1 stycznia 2021 roku;
  - określony termin zakończenia umowy z instalacją
- podjęto decyzje o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 66 i 67 ustawy pzp”.

Uzasadnienie powyższe zostało również ujęte przez Zamawiającego w ogłoszeniu z 28 kwietnia 2020 r. o zamiarze zawarcia umowy.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Zamawiający winien zatem wykazać kumulatywne istnienie przesłanek określonych w tym przepisie, aby udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki było działaniem prawidłowym. Oznacza to zatem obowiązek wykazania, że:

- 1) zaistniała wyjątkowa sytuacja;
- 2) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżały po stronie zamawiającego;
- 3) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć;
- 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie dopełnił powyższego obowiązku, a przesłanki umożliwiające udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp nie zaistniały.

Nowelizacja ustawy Ucpg wprowadzona została Ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1579). Zgodnie z art. 27 tej ustawy jej wejście w życie nastąpiło 14 dni od daty publikacji, tj. 6 września 2019 r. Powyższe stoi w sprzeczności z twierdzeniem Zamawiającego o wynikającej ze zmiany przepisów Ucpg konieczności pilnego

wypowiedzenia dotychczasowej umowy na zagospodarowanie odpadów. wypowiedzenie umowy nastąpiło 31 stycznia 2020 r. Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający miał czas, by w odpowiedni sposób zapewnić sobie ciągłość świadczenia na jego rzecz usługi zagospodarowania odpadów. Trudno przyjąć, że zmiana przepisów zaskoczyła Zamawiającego i zmusiła do natychmiastowego działania w celu wyłonienia kolejnego wykonawcy usługi, skoro od wejścia w życie ww. nowelizacji Ucpg do wypowiedzenia dotychczasowej umowy na zagospodarowanie odpadów upłynęło niemal pięć miesięcy. Nowelizacja przepisów prawa nie może być potraktowana jako sytuacja wyjątkowa, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Prawo podlega ciągłej ewolucji, jego nowelizowanie to jeden z podstawowych przejawów działania ustawodawcy. W tej sytuacji nie sposób uznać, że zmiana ustawy (za skutkiem od września 2019 r.) spowodowała konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia przez Zamawiającego.

Zamawiający sam zdecydował o momencie wypowiedzenia dotychczasowej umowy. Świadczy o tym treść pisma Zamawiającego nr ZMO.GO.033.1.2020 z 31 stycznia 2020 r. skierowanego do Odwołującego: „Wprowadzone w ostatnim czasie zmiany w prawie polskim, przede wszystkim likwidacja dotychczasowych regionów, mają zasadniczy wpływ na działania, które w najbliższym czasie zobowiązany jest podjąć nasz Związek. Jako jednostka sektora finansów publicznych podlegamy w całej rozciągłości przepisom ustawy prawo zamówień publicznych. To sprawia, że w myśl nowych przepisów jesteśmy zobowiązani przeprowadzić otwarty przetarg na zagospodarowanie odpadów komunalnych wytworzonych na obszarze naszego działania. Stąd też na podstawie § 5 ust. 2 wypowiadamy umowę nr GOBR/01/01/2019 zawartą w dniu 29 maja 2019 roku. Jednocześnie informuję, że nieograniczony przetarg na zagospodarowanie naszych odpadów komunalnych zostanie ogłoszony w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 7 - 8 tygodniu br.” Przytoczone pismo dowodzi również faktu, że Zamawiający miał pełną świadomość, że właściwym trybem do udzielenia przedmiotowego zamówienia jest przetarg nieograniczony.

W ocenie Izby okolicznością, która skłoniła Zamawiającego do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp było unieważnienie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wszczętego ogłoszeniem 2020/S 031-072587 z 13 lutego 2020 r. Postępowanie zostało unieważnione 30 marca 2020 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp ze względu na fakt, że ceny złożonych ofert przekraczały wartość kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia. Sytuacja taka nie ma jednak charakteru wyjątkowego i nie można uznać jej za okoliczność potwierdzającą spełnienie jednej z przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. wypowiedzenie dotychczasowej umowy na zagospodarowanie odpadów miało – zgodnie z § 5 ust. 2 umowy – nastąpić z końcem

kwietnia 2020 r. W tej sytuacji Zamawiający miał jeden miesiąc na przeprowadzenie kolejnego przetargu nieograniczonego, wybór wykonawcy i udzielenie mu zamówienia. Biorąc pod uwagę, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekraczała kwoty, o których mowa w art. 11 ust. 8 Pzp Zamawiający nie byłby w stanie przeprowadzić postępowania w sposób zgodny z terminami określonymi w Pzp. Okoliczność ta wynikała jednak z sytuacji leżącej po stronie Zamawiającego.

Uznając, że Zamawiający udzielając zamówienia naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp Izba podjęła decyzję o skróceniu obowiązywania umowy zawartej 7 maja 2020 r. w Wędrzynie pomiędzy Związkiem Międzygminnym Obra z siedzibą w Berzynie, a P. O. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjne P. O. z siedzibą w Wąbiewie, tj. orzec na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp. Przepis ten stanowi, że uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym. Izba uznała, że w sprawie zaistniała ww. przesłanka, tj. ze względu na przedmiot zamówienia, którym jest zagospodarowanie odpadów utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym. W tej sytuacji, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp Izba orzekła o skróceniu okresu obowiązywania umowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....  
.....  
.....