

WYROK
z dnia 2 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Wolności 44, 39-300 Mielec,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Tuszów Narodowy, 39-332 Tuszów Narodowy 225,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Tuszów Narodowy, 39-332 Tuszów Narodowy 225,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Wolności 44, 39-300 Mielec,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Tuszów Narodowy, 39-332 Tuszów Narodowy 225,** na rzecz odwołującego **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Wolności 44, 39-300 Mielec,** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), z tytułu kosztów poniesionych tytułem 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 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Tuszów Narodowy, 39-332 Tuszów Narodowy 225, prowadzi w trybie negocjacji bez ogłoszenia, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Tuszów Narodowy w terminie od 01 stycznia do 29 lutego 2020 roku”. Pismem z dnia 13 grudnia 2019 r. zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w negocjacjach.

W dniu 17 grudnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Wolności 44, 39-300 Mielec (dalej: „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez nieuzasadniony wybór niekonkurencyjnego trybu postępowania ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia.

Odwołujący podniósł w szczególności, co następuje. „Zamawiający zaprosił do udziału w negocjacjach „Konsorcjum firm - Lider Konsorcjum Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.” (...) Zamawiający nie wskazuje, jakie podmioty miałyby wchodzić w skład konsorcjum. Odwołujący wchodzi w skład konsorcjum z udziałem Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. oraz Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych Sp. z o.o., powołanego celem złożenia oferty jedynie w postępowaniu pn.: „Usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gm. Tuszów Narodowy w terminie od 01 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r.”, znak sprawy: DKP.271.15.2019. Umowa konsorcjum nie obejmuje jakichkolwiek innych postępowań na wywóz i zagospodarowanie odpadów na terenie Gminy Tuszów Narodowy. Nigdy nie istniało żadne konsorcjum, z udziałem Odwołującego, które mogłoby wziąć udział w postępowaniu w trybie negocjacji z Zamawiającym. Jednocześnie zaproszenie takiego podmiotu (nieistniejącego konsorcjum) wyklucza możliwość przystąpienia do negocjacji Odwołującego, jako podmiotu niezaproszonego.

Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w którym wzięło udział konsorcjum, w skład którego wchodzi Odwołujący. (...) Postępowanie to Zamawiający unieważnił w dniu 06.12.2019 r. z uwagi na to, iż wartość oferty wg. Zamawiającego przekraczała kwotę, którą mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Czynność ta została, w terminie przewidzianym prawem, zaskarżona przez Konsorcjum, w skład którego wchodzi Odwołujący. Tym samym

przedmiotowe postępowanie trwa (jest w toku), a Zamawiający bezpodstawnie wszczyna kolejne postępowania (przedmiotowe w trybie negocjacji bez ogłoszenia na okres 2 miesięcy oraz kolejne w trybie przetargu nieograniczonego na okres 10 miesięcy) dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia. (...)

Reasumując, Odwołujący z jednej strony nie został zaproszony do postępowania w trybie niekonkurencyjnym, z drugiej ogłoszenie takiego postępowania narusza interes Odwołującego jako członka Konsorcjum, które złożyło prawidłowe odwołanie i ubiega się o uzyskanie zamówienia, którego przedmiot w całości obejmuje przedmiot zaskarżonych niniejszym odwołaniem negocjacji bez ogłoszenia. (...)

Aby możliwym było zastosowanie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp musi wystąpić pilna potrzeba udzielenia zamówienia, przez którą należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Taka sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający może w każdej chwili cofnąć decyzję o unieważnieniu postępowania nr 2019/S/210-513567 i je rozstrzygnąć.

Ponadto pilność potrzeby udzielenia zamówienia musi być konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Sytuacja, w której wymagane jest pilne wykonanie zamówienia powinna być nieprzewidywalna, a co oznacza, iż ma to być zdarzenie, które w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne do przewidzenia. (...) Przewidywalne będą więc te okoliczności, które mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością Zamawiającego i na których wystąpienie powinien on być przygotowany. Niewątpliwie powinien on być przygotowany na ewentualne przedłużenie procedury przetargowej, w tym także na możliwość wniesienia odwołania zgodnie z przepisami ustawy.

(...) W niniejszym stanie faktycznym pilna potrzeba wynika tylko i wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności jest wynikiem braku staranności i opieszałością we wszczęciu i udzieleniu zamówienia. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia,
- 2) z ostrożności, na wypadek gdyby w wyniku wszczęcia postępowania prowadzonego w ww. trybie doszło do wcześniejszego zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, uwzględnienia odwołania w całości i unieważnienia przez Izbę zawartej umowy w trybie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W dniu 30.10.2019 r. zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Tuszów Narodowy realizowane w okresie od 01.01.2020 r. do 31.12.2020 r. Postępowanie to zostało unieważnione w dniu 06.12.2019 r. z uwagi na to, że wartość najkorzystniejszej oferty przekraczała kwotę, jaką zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia. Czynność unieważnienia postępowania została zaskarżona przez konsorcjum, w skład którego wchodzi odwołujący, w odwołaniu KIO 2548/19 wniesionym w dniu 16.12.2019 r.

W dniu 13.12.2019 r. zamawiający wszczął postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Przedmiotem zamówienia udzielanego w tym trybie jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnych w terminie od 01.01.2020 do 29.09.2020 r., czyli w okresie pierwszych dwóch miesięcy całego okresu, na który miało zostać udzielone zamówienie w trybie przetargu nieograniczonego. Zaproszenie do udziału w negocjacjach zostało skierowane do 3 wykonawców, w tym do odwołującego jako lidera bliżej niesprecyzowanego konsorcjum.

Na dzień rozpoznania niniejszego odwołania (KIO 2568/19), postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2548/19 nie zostało zakończone.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 10 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Pozostałe tryby udzielenia zamówienia wymienione w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp zastosować można tylko w określonych okolicznościach, tzn. w przypadku zaistnienia ustawowych przesłanek.

Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia jest możliwe w przypadku, gdy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć i nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Wskazany przepis wymaga zatem łącznego spełnienia czterech przesłanek:

- 1) zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
- 2) nie wynika ona z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,
- 3) potrzeby takiej nie można było wcześniej przewidzieć,
- 4) nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Dodatkowo, pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej warunkami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

Aby możliwe było zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia musi zatem zachodzić pilna potrzeba udzielenia zamówienia, czyli pilna potrzeba zawarcia umowy z wykonawcą, który będzie realizował to zamówienie. Ponadto ww. pilna potrzeba nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, natomiast musi wynikać z sytuacji, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia ocenia się nie jako nieograniczoną pewność jego niewystąpienia, lecz jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia takiej sytuacji. W literaturze przedmiotu do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny.

W treści odwołania odwołujący nie kwestionował przesłanki zachowania terminów dla trybów konkurencyjnych, dlatego Izba, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie będzie w uzasadnieniu odnosić się do tej przesłanki.

Odnosząc się do przesłanki pilności udzielenia zamówienia, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że czynność unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego została zakwestionowana w odwołaniu w sprawie KIO 2548/19, w której postępowanie odwoławcze na dzień rozpoznania niniejszego odwołania (KIO 2568/19) nie zostało zakończone. Oznacza to, że czynność ta na obecnym etapie nie ma charakteru ostatecznego. Izba natomiast, zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W związku z powyższym w dniu rozpoznania niniejszego odwołania należało przyjąć, że postępowanie prowadzone w trybie

przetargu nieograniczonego nie zostało jeszcze zakończone, gdyż - w zależności od wyniku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2548/19 - może dojść do sytuacji, w której zamawiający będzie musiał to postępowanie kontynuować i zawrzeć umowę z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wpływa na fakt, że na obecnym etapie nie można przesądzić, że zachodzi jakakolwiek potrzeba udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, nie tylko zaś potrzeba pilna.

Warto w tym miejscu dodać, że zamawiający poinformował o czynności unieważnienia przetargu nieograniczonego w dniu 06.12.2019 r., zaś zaproszenie do negocjacji wysłał wykonawcom w dniu 13.12.2019 r. Oznacza to, że zamawiający nie odczekał min. 10 dni na ewentualne wniesienie odwołania na czynność unieważnienia przetargu nieograniczonego, ale przed upływem tego terminu wszczął postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Tym samym zamawiający przyczynił się do tego, że prawidłowość wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia jest kwestionowana w czasie, gdy nie została ostatecznie rozstrzygnięta prawidłowość unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Niezależnie jednak od ww. kwestii braku ostatecznego zakończenia przetargu nieograniczonego, należy podkreślić, że zamawiający w trakcie rozprawy nie wykazał pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Zamawiający na rozprawie powoływał się wprawdzie w sposób ogólnikowy na (niesprecyzowane) bardziej rygorystyczne niż dotychczas wymogi ustawy „śmieciowej” (prawdopodobnie zamawiającemu chodziło o ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2010 ze zm.) i dyrektywy 2008/98/WE oraz (również niesprecyzowany) interes publiczny, jednak:

- zamawiający oświadczył jedynie (po telefonicznym ustaleniu z Urzędem Gminy w przerwie rozprawy), że dotychczasowa umowa na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych wygasła z końcem roku 2019, natomiast nie przedstawił na to żadnego dowodu, w szczególności nie przedstawił kopii tej umowy,
- zamawiający nie przedstawił argumentacji, na czym polega pilność udzielenia zamówienia, tj. jakie istotne i negatywne czynniki zajądą w sytuacji udzielenia tego zamówienia nie „pilnie”, ale z określonym przesunięciem czasowym; powyższe jest o tyle istotne w sprawie, że zamawiający oczekuje odbioru odpadów jedynie raz na miesiąc (zmieszanych) lub raz na dwa miesiące (segregowanych) bez wskazania konkretnych terminów odbioru, co oznacza, że pierwszy odbiór odpadów nie musi być realizowany od razu na początku stycznia 2020 r.

Zamawiający nie wykazał zatem, że rzeczywiście zachodzi pilność udzielenia zamówienia ze względu na okoliczności, które nastąpiły dotychczas (np. wygaśnięcie poprzedniej umowy), jak i okoliczności, które z dużym prawdopodobieństwem nastąpią w przyszłości w razie nieudzielenia zamówienia pilnie (np. poważne i negatywne konsekwencje środowiskowe, czy

finansowe). Tym samym, niezależnie od tego, czy przetarg nieograniczony zostanie, czy nie zostanie ostatecznie unieważniony, argumentacja zamawiającego nie dała Izbie podstaw do stwierdzenia, że zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia.

Odnosząc się do przesłanki braku przyczyn leżących po stronie zamawiającego, należy zauważyć, że zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego dopiero w dniu 30.10.2019 r. wyznaczając termin składania ofert na 02.12.2019 r. Zamawiający na rozprawie nie udzielił odpowiedzi na pytanie, dlaczego postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego zostało wszczęte dopiero z końcem października 2019 r., zwłaszcza w świetle jego własnego (nieudowodnionego) oświadczenia, że umowa zawarta z dotychczasowym wykonawcą wygasła z końcem 2019 r. Wszczęcie postępowania wcześniej pozwoliłoby zamawiającemu na jego zakończenie przed końcem roku w sytuacji, gdyby postępowanie to przedłużało się z powodu wnoszenia przez wykonawców odwołań, jak też pozwoliłoby zamawiającemu na ewentualne jego powtórzenie w sytuacji, gdyby zachodziła konieczność jego unieważnienia. Jak zresztą pokazują okoliczności sprawy, konieczność unieważnienia postępowania rzeczywiście zaszła (zgodnie z oceną zamawiającego), jak też zostało wniesione odwołanie, zatem wszczęcie postępowania dopiero pod koniec października 2019 r. doprowadziło do sytuacji, w której na przełomie 2019 i 2020 r. zamawiający w dalszym ciągu nie ma wybranego wykonawcy na realizację przedmiotowej usługi. Przy czym, jak wskazano już wyżej, zamawiający na rozprawie nie wyjaśnił powodów swojego działania w tym zakresie. W związku z tym Izba stwierdziła, że obecne powoływanie się przez zamawiającego na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, jest wynikiem m.in. okoliczności leżących po stronie zamawiającego.

Odnosząc się do przesłanki braku możliwości przewidzenia pilności udzielenia zamówienia, należy zauważyć, że konieczność unieważnienia postępowania z powodu tego, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, nie jest okolicznością wyjątkową, o czym świadczy choćby fakt, że została wprost przewidziana w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto w świetle podnoszonych przez zamawiającego na rozprawie (choć w sposób ogólnikowy) argumentów o podwyższonych wymaganiach dotyczących odbioru i zagospodarowania odpadów wynikających z nowelizacji ustawy „śmieciowej”, należałoby uznać, że takie podniesienie przez ustawodawcę wymagań, doprowadzi właśnie do wzrostu kosztów realizacji usługi. Tymczasem, jak oświadczył na rozprawie odwołujący (a czemu zamawiający nie zaprzeczył), zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia udzielanego w przetargu nieograniczonym kwotę mniejszą, niż wartość poprzednio zawartej umowy. Tym bardziej zatem zamawiający powinien był liczyć się z tym, że przeznaczone przez niego środki na

sfinansowanie zamówienia mogą okazać się niewystarczające i konieczne będzie unieważnienie postępowania. Okoliczności sprawy nie dają zatem podstawy do tego, by uznać, że zamawiający nie mógł przewidzieć konieczności unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (niezależnie od tego, czy w sprawie KIO 2548/19 Izba uzna ww. unieważnienie za zasadne). Tym samym przesłanka nieprzewidywalności również nie została spełniona.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, że podniesiony przez zamawiającego na rozprawie argument o dopuszczalności zastosowania art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jest bezprzedmiotowy, ponieważ zamawiający wszczynając postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powołał się na art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, argument ten i tak nie mógłby zostać uwzględniony, ponieważ po pierwsze, w przetargu nieograniczonym nie została odrzucona żadna oferta (zgodnie z oświadczeniem odwołującego, czemu zamawiający nie zaprzeczył), po drugie, fakt że cena oferty jest wyższa niż kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, nie jest podstawą do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, po trzecie, pierwotne warunki zamówienia zostały w istotny sposób zmienione choćby przez znaczne skrócenie okresu realizacji zamówienia. Tym samym argument o dopuszczalności zastosowania art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest bezprzedmiotowy i niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący