

Sygn. akt: KIO 3042/23

WYROK
z dnia 31 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez Odwołującego **K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe EcoTech K. W.**, ul. Tadeusza Kościuszki 65c, 28-130 Stopnica, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Szczucin**, ul. Wolności 3, 33-230 Szczucin 3

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – K. W. (Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe EcoTech K. W.) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów Zamawiającego;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – Gminy Szczucin kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Szczucin, w trybie podstawowym na zamówienie obejmujące *odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Szczucin w roku 2024* (sygn. postępowania: GK.271.1.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.08.2023 r., 2023/S 147-468906, wobec czynności polegającej na ponownym unieważnieniu postępowania, wniesione zostało w dniu 16.10.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy K. W. (P.U.H. EcoTech K. W.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 552 w zw. z art. 559 ust. 2 oraz w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z powodu braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, w sytuacji kiedy Krajowa Izba Odwoławcza nakazała w ramach powtórzonych czynności rozważenie zwiększenia kwoty środków, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie powyższego zamówienia, do ceny oferty Odwołującego, przy uwzględnieniu faktu, że w uchwale budżetowej przeznaczono na system gospodarowania odpadami komunalnymi w 2024 r. kwotę 2,52 mln zł;

- art. 255 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. Poprzez unieważnienie postępowania z powodu braku środków (braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie ,zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty) gdy tymczasem Krajowa Izba Odwoławcza nakazała, a w ramach powtórzonych czynności rozważenie zwiększenia kwoty środków, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie powyższego zamówienia, do ceny oferty Odwołującego, przy uwzględnieniu faktu, że w uchwale budżetowej przeznaczono na system gospodarowania odpadami komunalnymi w 2024 r. kwotę 2,52 mln zł;

- wykonanie wyroku KIO 2723/23 opierając się jedynie na sentencji, a nie na faktycznych przesłankach i motywach wskazanych w treści orzeczenia, które stają się podstawą wyroku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i w ramach powtórzonych czynności rozważenie zwiększenia kwoty środków, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie powyższego zamówienia, do ceny oferty Odwołującego, przy uwzględnieniu faktu, że w uchwale budżetowej przeznaczono na system gospodarowania odpadami komunalnymi w 2024 r. kwotę 2,52 mln zł.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania oraz pozostałe dowody przeprowadzone na rozprawie, jak i stanowiska i wyjaśnienia stron.

Izba ustaliła i zważyła.

Stanowiąca przedmiot zarzutu czynność unieważnienia postępowania dokonana została w ramach nakazanych wyrokiem KIO z dnia 29.09.2023 r. czynności *unieważnienia postępowania, a w ramach powtórzonych czynności rozważenie zwiększenia kwoty środków, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie powyższego zamówienia, do ceny oferty Odwołującego, przy uwzględnieniu faktu, że w uchwale budżetowej przeznaczono na system gospodarowania odpadami komunalnymi w 2024 r. kwotę 2,52 mln zł.* (sygn. akt KIO 2723/23).

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę netto 1.903.086,08 zł (brutto 2.055.332,96 zł). W uzasadnieniu oszacowania wartości zamówienia, Zamawiający wskazał na prognozę w ilości odbieranych odpadów, uwzględniającą zmianę w roku 2022 w stosunku do roku 2021.

Na sfinansowanie zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 1.830.000 zł brutto. Kwotą tą Zamawiający wskazał na otwarciu ofert w dniu 05.09.2023 r. W postępowaniu złożone zostały trzy oferty. Oferta Odwołującego (najtańsza) opiewa na kwotę brutto 2.156.843,26 zł brutto.

Po wyroku Izby, Zamawiający w dniu 4.10.2023 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający w dniu 5.10.2023. r. ponownie unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 ust. 3 Ustawy. W uzasadnieniu wskazał, iż rozważył możliwość zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, tak jak nakazała to Izba wyrokiem i uznał, iż nie jest to możliwe. Zamawiający wskazał, iż wbrew wyrokowi KIO, nie podjął jeszcze uchwały budżetowej na rok 2024.

Na rozprawie Zamawiający wyjaśniał, iż kwota wskazana w uzasadnieniu wyroku KIO, tj. 2,52 mln – wynikała z poprzedniej uchwały budżetowej na rok 2023 r., która dotyczy wydatków na rok 2023 r.

Planując przyszły budżet Zamawiający założył niższą kwotę, co zostało uwzględnione w analizie założeń do budżetu na 2024 r., w którym Zamawiający zamierza przystąpić do realizacji zadania inwestycyjnego, jakim ma być budowa punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, co ma pozwolić na zmianę sposobu wydatkowania środków budżetowych w kolejnych latach. Stworzenie i prowadzenie własnego PSZOK pozwoli ograniczyć zakres zamówienia obecnie realizowanego przez wykonawców w tym elemencie. Zamawiający złożył dowód w postaci analizy założeń do budżetu na 2024 r. sporządzonej przez kierownika referatu do spraw rolnictwa i ochrony środowiska, w którym przewidziano kwotę 0,5 mln zł na prace przygotowawcze do stworzenia punktu selektywnej zbiórki odpadów, w ramach zadania inwestycyjnego.

Izba oddaliła odwołanie.

Uwzględniając podstawę czynności unieważnienia postępowania, punktem odniesienia do jej oceny są okoliczności faktyczne ustalone w oparciu o dokumentację postępowania, które nie budziły sporu, tak co do szacowanej wartości zamówienia, kwoty środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na jego sfinansowanie, jak również wysokość złożonych w postępowaniu ofert. Same te okoliczności nie budziłyby wątpliwości w zakresie ustalenia, czy zachodziła podstawa do unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 3 Ustawy. Kwestią sporną było natomiast stwierdzenie, czy Zamawiający w zakresie, w jakim przepis Ustawy wskazuje na możliwość zwiększenia kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty, zobowiązany był taką analizę przeprowadzić uwzględniając możliwe wpływy do budżetu z tytułu wpłat od mieszkańców (tzw. opłaty śmieciowej) w roku 2024 i zwiększyć środki pierwotnie założone do wydatkowania do wysokości odpowiadającej cenie zaoferowanej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, iż decyzja o zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia nie wymaga podjęcia uchwały budżetowej na 2024 rok, co w uzasadnieniu unieważnienia postępowania zostało przez Zamawiającego podniesione. Zdaniem Odwołującego, w celu ustalenia kosztów zamówienia, tj. wydatków na odbiór i zagospodarowanie odpadów wystarczającymi były dane o ilości mieszkańców i stawkach opłaty śmieciowej, uchwalanej przez Radę Gminy. Zmniejszenie stawki w uchwale Rady Gminy jest dopuszczalne tylko w sytuacji kiedy zawarta umowa zakłada niższą kwotę, niż wynikająca z dotychczasowych stawek. Zwiększenie kwoty środków do wysokości oferty pozwoli Zamawiającemu na podpisanie umowy, która będzie generowała niższe koszty, niż wynikające z obecnych wpływów od mieszkańców i pozwalałoby to dopiero obniżyć stawkę.

Z drugiej strony Zamawiający na rozprawie wskazał na odmienne założenia co do prognozowanych wydatków na zagospodarowanie i odbiór odpadów komunalnych i chęci

obniżenia tych kosztów zarówno przez stworzenie własnego PSZOK, do którego miałyby być kierowane odpady już od 2025 r., jak również dążenia do obniżenia stawek dla mieszkańców wnoszących opłatę śmieciową.

Art 6r ustawy ucpg stanowi, że:

- środki z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi nie mogą być wykorzystane na cele niezwiązane z pokrywaniem kosztów funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi (ust. 1aa);
- z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina pokrywa koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, które obejmują koszty: 1) odbierania, transportu, zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych; 2) tworzenia i utrzymania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych; 3) obsługi administracyjnej tego systemu; 4) edukacji ekologicznej w zakresie prawidłowego postępowania z odpadami komunalnymi (ust. 2);
- z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina może pokryć koszty wyposażenia nieruchomości w pojemniki lub worki do zbierania odpadów komunalnych oraz koszty utrzymywania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym (ust. 2a);
- z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina może pokryć koszty utworzenia i utrzymania punktów napraw i ponownego użycia produktów lub części produktów niebędących odpadami (ust. 2aa);
- z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina może pokryć koszty usunięcia odpadów komunalnych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania i magazynowania w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (ust. 2b).

Skład orzekający uznał, iż samo założenie Odwołującego o konieczności uwzględnienia wysokości wpływów do budżetu z tytułu obecnie wnoszonych opłat, nie jest rozstrzygające dla ustalenia, czy Zamawiający może i zobowiązany jest do zwiększenia kwoty środków, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ogłaszając przetarg. Zamawiający prowadzi postępowanie w oparciu o przepisy Ustawy, które w zakresie związanym z przesłanką unieważnienia postępowania, wskazaną w art. 255 pkt 3 Ustawy, pozostawiają decyzji zamawiającego zwiększenie środków na sfinansowanie zamówienia. Ustawa nie wprowadza żadnego mechanizmu weryfikacji tej decyzji, w szczególności przez konieczność uzasadnienia odmowy zwiększenia środków i jej zakomunikowania wykonawcom w procedurze przetargowej. W szeregu orzeczeń podkreśla się charakter uprawnienia, jaki przysługuje zamawiającemu do poszukiwania dodatkowych środków, które pokryłyby różnicę pomiędzy kwotą, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a ceną zaoferowaną w przetargu. Tak chociażby w wyroku z dnia 26.10.2022 r., sygn. akt KIO

2671/22, w którym ujęto ten wątek argumentując, iż *Przepis ten wyraźnie wskazuje na możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, zatem ustawodawca decyzję w tym zakresie pozostawił wyłącznie zamawiającemu. Nie nakłada on również na zamawiającego obowiązku zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Ewentualne zwiększenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego (tak również wyrok KIO z 14 marca 2014 r., KIO 392/14 oraz wyrok KIO z 16 sierpnia 2016 r., KIO 1413/16). Przy czym Zamawiający ma pełną autonomię co do podjęcia decyzji o poszukiwaniu dodatkowych środków na realizację zamówienia. Odmowa zwiększenia kwoty nie może stanowić podstawy jakichkolwiek roszczeń i nie stanowi uzasadnionej podstawy do kwestionowania czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania (wyrok KIO z 22.01.2019 r. sygn. akt KIO 2608/18).*

Skład orzekający podziela prezentowane powyżej stanowisko, co prowadzi do wniosku, iż zapis ustawy o możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, należy interpretować, jako warunek pozwalający odstąpić od konsekwencji w postaci unieważnienia postępowania przy przekroczeniu kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a która jest podawana do wiadomości wykonawców najpóźniej przed otwarciem ofert. Ani wykonawca, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie ma narzędzi do „zmuszenia” zamawiającego, do poszukiwania dodatkowych środków, czy też zmiany pierwotnych założeń budżetowych. Ponadto, ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie podlegają mechanizmy budżetowania i prognozowania wydatków, do czego faktycznie sprowadzałoby się rozstrzygnięcie w przedmiocie twierdzenia o możliwości podjęcia decyzji o zabezpieczeniu większej kwoty środków na podstawie możliwych wpływów do budżetu z tytułu opłat, jakie będą wnoszone przez mieszkańców w roku 2024. Izba nie jest również organem, w którego kompetencji leży ocena dopuszczalności realizacji zadania inwestycyjnego i jego finansowania. Jednocześnie nie można tracić z pola widzenia, iż Zamawiający może planować wprowadzenie zmian w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi, co leży w jego wyłącznej kompetencji.

Wyrok KIO nakazujący powtórzenie czynności przez analizę możliwości zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, nie jest w tej materii również pomocny. Uzasadnienie orzeczenia nie zawiera bowiem żadnych konkretnych wytycznych poza wskazaniem na dotychczas prowadzoną gospodarkę odpadami finansowaną z wpłat od mieszkańców. Nie można również odmówić racji argumentom Zamawiającego, iż celowym jest wprowadzanie zmian, które pozwolą obniżyć koszty gospodarki, co finalnie może prowadzić do obniżenia stawek. Obecny system, w którym wykonawcy mogą wyliczyć, jakim budżetem dysponuje zamawiający (znając dane o liczbie mieszkańców i aktualnej wysokości

stawek „śmieciowych” w danej gminie), może sprzyjać oferowaniu wyższych ceny, mieszczących się w aktualnym budżecie, co przy wniosku o konieczności zwiększenia środków planowanych do wydatkowania, stawiałoby zamawiającego w sytuacji, w której to wykonawcy dyktowałiby warunki. Udział w procedurze przetargowej powinien prowadzić do możliwości uzyskania korzystniejszych dla zamawiającego ofert, czemu służyć mają mechanizmy przewidziane w Ustawie. Obowiązek podania przez zamawiającego przy otwarciu ofert informacji o środkach przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia gwarantować ma przejrzystość decyzji zamawiającego. Dotyczy to tak decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak i decyzji o unieważnieniu postępowania. Skoro przetarg nie pozwolił uzyskać oferty mieszczącej się w założonej do finansowania kwocie środków, tylko od decyzji Zamawiającego może zależeć, czy środki te mogą być zwiększone do wysokości złożonej w postępowaniu oferty, czy też koniecznym stanie się powtórzenie procedury przetargowej.

W ocenie składu orzekającego, argumenty podnoszone w odwołaniu nie mogły uzasadniać uwzględnienia zarzutów i żądania nakazania Zamawiającemu ponownej analizy możliwości zwiększenia kwoty środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisu Ustawy, tak co do podstawy prawnej unieważnienia postępowania, jak i przepisów proceduralnych związanych z wykonaniem wyroku KIO. W szczególności należy wskazać, iż Zamawiający nie miał obowiązku oczekiwania na uzasadnienie orzeczenia, a znając sentencję mógł podjąć decyzję co do dalszych losów postępowania przetargowego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: