

Sygn. akt: KIO/KD 48/20

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 7 października 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 15.09.2020 r. (wpływ bezpośredni 15.09.2020 r.)
zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Gmina Warka
Pl. St. Czarnieckiego 1
05-660 Warka**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 04.09.2020 r.
(znak: UZP/DKZP/KND/35/20)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:
w trybie postępowania zapytanie ofertowe - brak stosowania przepisów ustawy Pzp

**„Zarządzanie, zamknięcie i rekultywacja składowiska odpadów komunalnych innych
niż niebezpieczne w Warce” (znak postępowania: IR.271.2.8.2018)**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli
doraźnej nie zasługują na uwzględnienie**

Uzasadnienie

W odpowiedzi na wniosek z 04.02.2020 r., po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego wszczętego w dniu 19.02.2020 r., w dniu 29.07.2020 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwany dalej: „Prezesem UZP” (pismo znak: DKZP.WKZ1.442.15.2020.MP KND/35/20/DKZP) wszczął kontrolę doraźną postępowania pn.: „Zarządzanie, zamknięcie i rekultywacja składowiska odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne w Warce” (znak postępowania: IR.271.2.8.2018) prowadzonego przez Gminę Warka, Pl. St. Czarnieckiego 1, 05-660 Warka.

Z ustaleń kontroli doraźnej - pismo z 04.09.2020 r. /doręczonej 08.09.2020 r./ (informacja o wyniku kontroli doraźnej znak: UZP/DKZP/KND/35/20) - wynikają następujące okoliczności. Prezes UZP przedstawił następujący stan faktyczny. Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. Z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), Prezes UZP, stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- art. 32 ust. 1 i 2 Pzp i art. 33 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez ustalenie wartości zamówienia w sposób nie odpowiadający przedmiotowi zamówienia, opisanemu w dokumentacji postępowania przekazanej wykonawcom, a tym samym niezgodny z przepisami Pzp i skutkujący zaniżeniem wartości zamówienia,
- a w konsekwencji naruszenia ww. przepisów Pzp, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania-wykonawców, przejrzystości oraz udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w Pzp, w jednym z trybów podstawowych, stosownie do wartości zamówienia.

Zamawiający - Gmina Warka, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zarządzanie, zamknięcie i rekultywacja składowiska odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne w Warce” (znak postępowania: IR.271.2.8.2018) bez zastosowania przepisów Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania - przesłanie zapytania ofertowego, tj. w dniu 18.05.2018 r. - tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej zwanej jako „Pzp”. Wartość przedmiotowego postępowania została ustalona na kwotę 79.000,00 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 18.322,24 euro netto. W związku z tym, postępowanie zostało przeprowadzone w trybie zapytania ofertowego na podstawie Regulaminu Udzielania Zamówień Publicznych, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro (bez podatku VAT) w Urzędzie Miejskim w Warce wprowadzonego Zarządzeniem Burmistrza Warki Nr

IR.120.56.2016 z 21.12.2016 r. ze zmianami, z pominięciem trybów udzielania zamówień, o których mowa w przepisach ustawy Pzp. W celu oszacowania wartości zamówienia Zamawiający przeprowadził rozeznanie rynkowe. W związku z powyższym w dniu 16.02.2018 r. Zamawiający przekazał zapytanie ofertowe nr IR.7011.7.2018 na „*Zamknięcie i rekultywację składowiska odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne i obojętne w Warce, gm. Warka*”, w którym zwrócił się drogą elektroniczną do dwóch wykonawców - Zakładu Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz do Zakładu Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku o złożenie oferty wstępnej w jednym lub obu poniższych wariantach:

Wariant 1, Wykonanie zamknięcia i rekultywacja składowiska zgodnie z dokumentacją projektową, przedmiarem robót, pozwoleniem na budowę i pozostałymi decyzjami administracyjnymi w terminach określonych w harmonogramach zawartych w decyzjach administracyjnych.

Wariant 2. Aktualizacja dokumentacji technicznej pod kątem obniżenia kosztów przedsięwzięcia w granicach obowiązującego prawa, uzyskanie nowych niezbędnych decyzji administracyjnych. Koszty map i wszelkich uzgodnień dokumentacji projektowej po stronie Wykonawcy.

Wykonanie zamknięcia i rekultywacji składowiska w oparciu o opracowaną przez Wykonawcę nową dokumentację w terminach które zostaną określone w nowych decyzjach administracyjnych. Ponadto, w dniu 21.02.2018 r. Zamawiający przekazał ww. wykonawcom skany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, instrukcję prowadzenia składowiska oraz decyzję zatwierdzającą instrukcję prowadzenia składowiska. W dniu 22.02.2018 r. Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO sp. z o.o. (dalej „FOLEKO”) przestawił ofertę wstępną na oba powyższe warianty.

Wariant 1: 4.100.000,00 zł netto (5.043.000,00 zł brutto)

Wariant 2: 110.000,00 zł netto (135.300,00 zł brutto)

W odniesieniu do Wariantu 1 Wykonawca FOLEKO wskazał, że opisane w formularzu wykonanie zamknięcia i rekultywacji dokumentacją projektową, przedmiarem robót, pozwoleniem na budowę oraz pozostałymi decyzjami administracyjnymi w terminach określonych w harmonogramach zawartych w decyzjach administracyjnych w praktyce uniemożliwia wykonawcy rekultywacji znaczącą kompensatę ponoszonych kosztów robót wpływami za przyjęcie odpadów nadających się do wykorzystania. Terminarz ściśle określający daty wykonania poszczególnych etapów wymusza właściwie nieprzerwane zaangażowanie wykonawcy na placu budowy, co jest nieefektywne, a jednocześnie ogranicza okres przyjmowania odpadów przydatnych do rekultywacji do 4 miesięcy (16 sierpnia - 15 grudnia). Ponadto przyjęte rozwiązania projektowe (np. warstwa odgazowująca wykonana ze żwiru) generują wysokie koszty. W odniesieniu do Wariantu 2 Wykonawca

FOLEKO zaznaczył, iż dopuszczone w wariantcie 2 możliwości modyfikacji dokumentacji technicznej oraz uzyskania nowych decyzji administracyjnych umożliwiają znaczące obniżenie wynagrodzenia wykonawcy. Warunkiem jest jednak zawarcie umowy z około 2.5 letnim terminem jej realizacji i definiowaniem w niej jedynie nieprzekraczalnych terminów wykonania głównych etapów realizacyjnych. Całkowite uzależnienie umownego terminu wykonania rekultywacji od stanowiska administracji powoduje, naszym zdaniem, zbyt duże ryzyko dla wykonawcy, Za dopuszczalne uważamy zapisy umowy, które pozwalają wykonawcy bez ujemnych konsekwencji odstąpić od umowy w przypadku, jeśli nie uda się uzyskać decyzji administracyjnych zawierających terminy odpowiadające terminom umownym.

W dniu 23.02.2018 r. Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o. (dalej „ZUK Białystok”) przedłożył ofertę wstępną dotyczącą Wariantu 2 na cenę 48.000,00 zł netto (59.040,00 zł brutto). W dniu 14.03.2018 r. na podstawie notatki szacunkowej na „*Zamknięcie i rekultywacja składowiska odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne w Warce*” (Zadanie obejmuje: Aktualizacja dokumentacji technicznej pod kątem obniżenia kosztów przedsięwzięcia w granicach obowiązującego prawa, uzyskanie nowych niezbędnych decyzji administracyjnych. Koszty map i wszelkich uzgodnień dokumentacji projektowej po stronie Wykonawcy. Wykonanie zamknięcia i rekultywacji składowiska w oparciu o opracowaną przez Wykonawcę nową dokumentację w terminach które zostaną określone w nowych decyzjach administracyjnych) Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 79.000,00 zł netto (18.322,23 euro netto) w oparciu o oferty wstępne wykonawców FOLEKO i ZUK Białystok (średnia arytmetyczna cen netto dla Wariantu 2). W dniu 18 maja 2018 r. Zamawiający przekazał zapytanie ofertowe na „*Zarządzanie, zamknięcie i rekultywację składowiska odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne w Warce*” (znak postępowania: IR.271.2.8.2018). Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zamówienie obejmować miało następujące roboty i prace:

Roboty związane z zamknięciem składowiska:

- roboty pomiarowe i niwelacja terenu czaszy wysypiska
- zmiana lokalizacji istniejących rowów opaskowych i budowa nowych rowów po wschodniej stronie składowiska
- wyprofilowanie skarp składowiska
- uformowanie wierzchowy składowiska

Roboty i prace związane z rekultywacją składowiska:

- wykonanie warstwy wyrównawczej
- wykonanie warstwy odgazowującej
- wykonanie warstwy uszczelniającej
- wykonanie warstwy odwadniającej

- wykonanie warstwy rekultywacyjnej
- zabiegi agrotechniczne i wysiew mieszanki nasion traw i roślin motylkowych

Ilość powyżej określonych robót i prac zostały określone w przedmiarze robót, który stanowi załącznik do ww. zapytania. Do ww. zakresu prac należy doliczyć i wykonać, jeśli oferent przewiduje, opracowanie dokumentacji zamiennej / aneks do projektu rekultywacji wraz z wnioskiem o zmianę decyzji o pozwoleniu na budowę i o zmianę decyzji o pozwoleniu na budowę i o zmianę wydanej decyzji na zamknięcie składowiska oraz w razie konieczności z wnioskiem w sprawie zatwierdzenia instrukcji prowadzenia składowiska odpadów komunalnych i innych niż niebezpieczne w Warce, gm. Warka oraz opracowanie dokumentacji uzupełniającej niezbędnej do uzyskania decyzji na zamknięcie składowiska odpadów komunalnych i innych niż niebezpieczne w Warce, gm. Warka, a w szczególności instrukcji prowadzenia składowiska oraz w razie konieczności dokumentacji do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i decyzji o lokalizacji celu publicznego. Ponadto wykonawca w ofercie musi uwzględnić koszty uzyskania niezbędnych materiałów i uzgodnień potrzebnych do opracowania dokumentacji zamiennej np. mapa do celów projektowych, warunki techniczne, niezbędne uzgodnienia środowiskowe, badania geologiczne itp.

Wykonawca z chwilą zawarcia umowy przejmuje wszelkie obowiązki i odpowiedzialność w zakresie zarządzania składowiskiem odpadów wyłączając teren SPOK. W zakresie sposobu obliczania cen w składanej ofercie Zamawiający wskazał, że wykonawca musiał uwzględnić wszystkie zobowiązania, obowiązkowe ubezpieczenie, koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. Zamawiający zastrzegł, iż ceny musiały być precyzyjnie określone (nie dopuszczał wariantowości cen) oraz nie mogły ulec zmianie przez okres wymagany do wykonania przedmiotu zamówienia. Wśród dokumentów, stanowiących załączniki do przedmiotowego zapytania na *„Zarządzanie, zamknięcie i rekultywację składowiska odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne w Warce”* (znak postępowania: IR.271.2.8.2018), jak również do wstępnego zapytania ofertowego na *„Zamknięcie i rekultywację składowiska odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne i obojętne w Warce, gm. Warka”* (znak postępowania: IR.7011.7.2018), znalazły się między innymi:

- A. Projekt budowlany przebudowy rekultywowanego składowiska odpadów w Warce (sporządzony w lutym 2012 r. przez Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach).
- B. Instrukcja prowadzenia składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne, zlokalizowanego w Warce przy ul. Fabrycznej 41 (sporządzona w październiku 2016 r.). Z dokumentu wynika, że składowisko odpadów komunalnych w Warce zlokalizowane jest na działkach o nr ewid.: 589/1, 589/2, 590/12 i 590/8 o łącznej powierzchni 66 161,00 m². Nieruchomości o nr ewid. 589/1 i 589/2 są własnością Gminy Warka, natomiast dwie

pozostałe znajdują się w samoistnym posiadaniu przez Gminę Warka. Z Instrukcji wynika również, że na kwaterze podstawowej zakończono składowanie odpadów ze względu na osiągnięcie rzędnej składowania 126 m n.p.m., natomiast składowanie odpadów odbywa się jedynie na kwaterach E i F do osiągnięcia rzędnej składowania 126 m n.p.m. Rzędna ta jest zgodna z projektem budowlanym (pkt A).

C. Decyzja Marszałka Województwa Mazowieckiego Nr 124/16/PZ.O z 03.11.2016 r. zatwierdzająca m.in. powyższą instrukcję prowadzenia składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne zlokalizowanego w Warce. Wskazano w niej m.in., że Instrukcja prowadzenia składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne, zlokalizowanego w Warce przy ul. Fabrycznej 41, obejmowała fazę eksploatacyjną i fazę poeksploatacyjną prowadzenia składowiska, zawierająca m.in. zakres prowadzenia monitoringu składowiska, plan awaryjny, uwzględniająca sposób technicznego zamknięcia składowiska i kierunek rekultywacji. Instrukcja podzielona została na część A dotyczącą kwater E i F przeznaczonych do składowania odpadów oraz część B dotyczącą kwatery podstawowej przeznaczonej do zamknięcia. Całkowita masa odpadów przyjętych do dnia sporządzenia Instrukcji na kwaterze podstawowej, jako wydzielonej części składowiska odpadów przeznaczonej do zamknięcia wyniosła 726 625,00 Mg. Do dnia 31.12.2011 r. na kwaterze podstawowej zdeponowano 770 000,00 m odpadów. Całkowita pojemność kwater E i F wynosi 46730,00 m³, której odpowiada masa odpadów możliwych do składowania w wielkości 42057,00 Mg. Docelowa rzędna składowania odpadów wynosi 126,0 m n.p.m. Ponadto zaznaczono, iż projekt budowlany pn. „Przebudowa rekultywowanego składowiska odpadów komunalnych w Warce” obejmuje rekultywację składowiska jako całości. Projekt zakłada podwyższenie docelowej rzędnej składowania odpadów do rzędnej 126,0 m n.p.m. określając jednakową docelową rzędną składowania zarówno dla kwatery podstawowej, jak i dla kwatery E i kwatery F (w projekcie znajdują się przekroje całej bryły składowiska z aktualnymi rzędnymi na której znajdują się odpady i rzędnymi po rekultywacji całej bryły).

D. Decyzja Marszałka Województwa Mazowieckiego Nr 142/16/PZ.O z 22.12.2016 r. wyrażająca zgodę na zamknięcie wydzielonej części składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne - kwatery podstawowej zlokalizowanej w Warce przy ul. Fabrycznej 41, z której wynika m.in., że przyjmowania odpadów do składowania na wydzielonej części składowiska odpadów - kwaterze podstawowej zaprzestano z dniem 30.09.2014 r. Ponadto w uzasadnieniu wskazano, iż składowisko odpadów w Warce zlokalizowane jest na działkach o nr ew. 589/1, 589/2, 590/8 i 590/12 o łącznej powierzchni 6,616 ha, natomiast kwatera podstawowa znajduje się na działce o nr ew. 589/1 i na części działek o nr ew. 590/8 i 590/12 zajmując powierzchnię ok. 4,05 ha. Od 30.09.2014 r. na kwaterze podstawowej nie są składowane odpady, w związku z osiągnięciem docelowej rzędnej składowania wynoszącej 126 m n.p.m. Całkowita masa odpadów przyjętych na

kwaterę podstawową wyniosła 726 625,00 Mg. Zamawiający z zapytaniem ofertowym zwrócił się do dwóch wykonawców - FOLEKO oraz ZUK Białystok. Do terminu składania ofert, tj. do dnia 25.05.2018 r. do godziny 15:30, wpłynęła jedna oferta - Wykonawcy ZUK Białystok, na kwotę 59.040,00 zł (48.000,00 zł netto). Wykonawca oświadczył, iż w ofercie zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia. Wykonawca zaoferował wykonanie dokumentacji zamiennej do dnia 31.12.2018 r., a zamknięcie składowiska do dnia 31.12.2020 r. W związku z powyższym, w dniu 28.06.2018 r. Zamawiający i Wykonawca ZUK Białystok podpisali Umowę nr 280/UP/18 na zarządzanie, zamknięcie i rekultywację składowiska odpadów w Warce (dalej „Umowa”). Zgodnie z § 4 ust. 1 Umowy: W pierwszym etapie realizacji umowy wykonawca zobowiązuje się do zmiany na swój koszt projektów oraz decyzji administracyjnych niezbędnych do rozpoczęcia i przeprowadzenia rekultywacji składowiska w zakresie ściśle uzgodnionym z zamawiającym i dotychczasowym zarządzającym składowiskiem tj. ZUK Warka Sp. z o.o., tj.:

- a. decyzji środowiskowej niezbędnej do realizacji rekultywacji składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne — zgodnie z ustawą z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (tj. Dz. U. 2017 poz. 1405 ze zm.) oraz z § 3 ust. 1 pkt 80 Obwieszczenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 21 grudnia 2015 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (tj. Dz.U. 2016 poz. 71),
- b. decyzji zmieniającej zarządzającego składowiskiem,
- c. decyzji Marszałka Województwa Mazowieckiego udzielającej pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji do składowania odpadów,
- d. decyzji Marszałka Województwa Mazowieckiego zatwierdzającej instrukcję prowadzenia składowiska odpadów,
- e. decyzji Marszałka Województwa Mazowieckiego wyrażającej zgodę na zamknięcie składowiska odpadów,
- f. zezwolenia Starosty Grójeckiego na przetwarzanie odpadów zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz.U. 2018 poz. 21 ze zm.),
- g. poniesienia kosztów zabezpieczenia roszczeń w formie i wysokości określonej w decyzji o przeniesieniu praw i obowiązków zarządzającego składowiskiem.

W § 10 ust. 1 i 2 Umowy dotyczących wynagrodzenia Wykonawcy ZUK Białystok zawarto następujące zapisy:

1. Po zakończeniu rekultywacji w terminie i zgodnie z decyzją na zamknięcie składowiska oraz po przyjęciu przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska zawiadomienia, o którym mowa w § 9, Wykonawca otrzyma od Zamawiającego całkowite wynagrodzenie ryczałtowe wynikające z oferty z 25.05.2018 r. w wysokości 59 040,00 zł brutto (słownie:

pięćdziesiąt dziewięć tysięcy czterdzieści złotych) powyższe wynagrodzenie zawiera podatek VAT w wysokości 23% Netto: 48 000,00 zł

2. Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty związane z opracowaniem projektu budowlanego i wykonawczego, pozyskanie decyzji zmieniających oraz realizację robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.

W tym miejscu wskazał, iż po podpisaniu Umowy, Wykonawca ZUK Białystok uzyskał m.in. następujące decyzje:

A. Decyzja Marszałka Województwa Mazowieckiego Nr 96/18/PZ.O z 16.10.2018 r. przenosząca prawa i obowiązki wynikające z decyzji Marszałka Województwa Mazowieckiego Nr 142/16/PZ.O z 22.12.2016 r, wyrażającej zgodę na zamknięcie wydzielonej części składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne zlokalizowanego w Warce, zmienionej decyzją Marszałka Województwa Mazowieckiego Nr 34/17/PZ.O z 08.05.2017 r. na ZUK Białystok.

B. Decyzja Marszałka Województwa Mazowieckiego Nr 85/18/PZ.Z z 15.11.2018 r. zmieniająca decyzję Wojewody Mazowieckiego z 30.11.2007 r., znak WŚR.I. 16/6640/27/07, Zakładowi Usług Komunalnych w Warce sp. z o.o. pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji do składowania odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne, o zdolności przyjmowania ponad 10 ton odpadów na dobę lub o całkowitej pojemności ponad 25 000 ton, zlokalizowanej przy ul. Fabrycznej 41 w miejscowości Warka, zmienioną decyzjami Marszałka Województwa Mazowieckiego, zmienioną decyzjami Marszałka Województwa Mazowieckiego: Nr 17/09/PŚ.Z z 09.03.2009 r., znak: PŚ.V/KS/7600-213/08, Nr 45/10/PŚ.Z z 27.05.2010 r., znak Pś V/KS/7600213/08, Nr 167/14/PŚ.Z z 12.12.2014 r., znak: PŚ.V/MR/7600-213/08 oraz Nr 284/15/PŚ.Z z 06.10.2015 r., znak: PŚ,V/WŚ/7600-213/08, w następujący sposób:

1) sentencja decyzji otrzymuje brzmienie: Udziela się pozwolenia zintegrowanego Zakładowi Usług Komunalnych sp. z o.o. (...) Białystok na prowadzenie instalacji do składowania odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne, o zdolności przyjmowania ponad 10 ton odpadów na dobę lub o całkowitej pojemności ponad 25 000 ton zlokalizowanej przy ul. Fabrycznej 41 w miejscowości Warka.

2) pozostałe elementy decyzji pozostawia się bez zmian. W uzasadnieniu decyzji wskazano m.in., iż zmiana dotyczy oznaczenia prowadzącego instalację. Do pisma z 26.10.2018 r. wnioskodawca przedłożył kopię aktu notarialnego z 25.10.2018 r. (Repertorium A Nr 4665/2018), potwierdzającego, że Zakład Usług Komunalnych (...) Białystok stał się dzierżawcą nieruchomości, na której znajduje się instalacja do składowania odpadów innych

niż niebezpieczne i obojętne, o zdolności przyjmowania ponad 10 ton odpadów na dobę lub o całkowitej pojemności ponad 25 000 ton, (...), wraz ze wszystkimi instalacjami i urządzeniami związanymi z prowadzeniem tego składowiska.

Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny sprawy, przed wszczęciem kontroli doraźnej niniejszego postępowania, Prezes UZP przeprowadził postępowanie wyjaśniające. W treści wyjaśnień, jakie w dniu 03.03.2020 r. Zamawiający złożył UZP, w odniesieniu do wskazania sposobu ustalenia wartości zamówienia Zamawiający wskazał, że została ustalona na podstawie zapytania ofertowego wstępnego przeprowadzonego w celu rozeznania cen rynkowych przedmiotu zamówienia dla planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót według art. 33 ust. 1 pkt 2 Pzp (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.). Odnosząc się do kwestii prawnego i faktycznego uzasadnienia przeprowadzenia postępowania bez zastosowania przepisów Pzp, Zamawiający zaznaczył, iż zamówienia dokonano w oparciu o art. 4 pkt 8 Pzp oraz Zarządzenia Nr IR.120.56.2016 Burmistrza Warki z 21.12.2016 r. ze zmianami. Ponadto, w dniu 11.05.2020 r., w odpowiedzi na pytanie Urzędu, czy Wykonawca ZUK Białystok kalkulował cenę oferty z przyjęciem założenia, że wynagrodzenie Wykonawcy ZUK Białystok będzie pochodziło nie tylko od Zamawiającego, ale również od podmiotów trzecich, Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca złożył ofertę zgodną z formularzem stanowiącym załącznik do zapytania ofertowego. Wskazanie sposobu kalkulacji oferty nie było wymogiem zapytania. Sposób wykonywania rekultywacji stosowany przy zamykaniu wysypisk odpadów, przez podmioty wykonujące takie rekultywacje, może dawać podstawy do przyjmowania przez Wykonawców założeń, że wykonanie rekultywacji będzie związane z uzyskaniem środków od podmiotów trzecich,

W odniesieniu do powyższego stwierdził, co następuje.

Ustalenie przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, ma na celu - po pierwsze określenie kwoty przewidywanego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie usług, dostaw lub robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. Po drugie zaś, ustalenie szacunkowej wartości zamówienia służy określeniu, czy zamawiający do jego udzielenia jest zobowiązany stosować przepisy Pzp, a jeżeli tak, to czy właściwy do przeprowadzenia postępowania będzie reżim obowiązujący w odniesieniu do zamówień o wartości równej lub przekraczającej równowartość kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 Pzp czy niższej niż tzw. progi unijne. Kwota stanowiąca szacunkową wartość zamówienia determinuje zatem dalszy sposób prowadzenia przez zamawiającego postępowania, a także kształtuje katalog praw i obowiązków dotyczących zarówno zamawiającego, jak i wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu, warunkując takie kwestie jak miejsce publikacji ogłoszeń dotyczących zamówienia, możliwość zastosowania określonego trybu udzielania zamówień,

czy też możliwość składania i dopuszczalny zakres środków ochrony prawnej. Zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Przez „*należytą staranność*” generalnie należy rozumieć - zgodnie z cywilistyczną definicją tego pojęcia staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, a zatem działanie z wykorzystaniem najlepszej wiedzy i doświadczenia osoby dokonującej tej czynności i z zachowaniem wszelkich reguł, jakie mogą mieć do niej zastosowanie. W odniesieniu do szacowania wartości zamówień publicznych, zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp, reguły te zostały określone w art. 29 Pzp, zawierającym podstawowe zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Przepis ten stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 Pzp). Dokonanie ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością oznacza zatem, że uwzględniono przy tej czynności wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na koszt realizacji danego zamówienia, wynikające z opisu jego przedmiotu. Nie sposób bowiem dokonać w sposób rzetelny oszacowania kosztów realizacji określonego zadania, jeśli nie zostały określone w sposób jasny i wyczerpujący wszystkie jego istotne elementy, podlegające wycenieniu. Skomplikowanie i poziom złożoności czynności szacowania wartości zamówienia powinien być wprost proporcjonalny do złożoności przedmiotu zamówienia /P. Zatyka, ZP DORADCA 2017, Nr 11, Legalis, C.H. BECK./ W przypadku zamówień mających za przedmiot roboty budowlane, a więc zamówienia z zasady technicznie złożone, wymagające w celu realizacji wiedzy specjalistycznej oraz doświadczenia, zgodnie z art. 33 ust. 1 Pzp, ustalenie ich wartości następuje z zastosowaniem szczegółowych zasad wynikających z niniejszej normy. Oznacza to, iż podstawą dla oszacowanej wartości takiego zamówienia stanowią:

1) kosztorys inwestorski sporządzany na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane;

2) planowane koszty prac projektowych oraz planowane koszty robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. W przypadku zamówień, które są szacowane na zasadach ogólnych, w celu dochowania należytej staranności, jakiej wymaga przepis art. 32 ust. 1 Pzp, ustalenie wartości szacunkowej zamówienia powinno być dokonywane w sposób, który zapewni wiarygodną i rzetelną informację o konkretnych kwotach i cenach występujących na rynku.

Reasumując, aby wartość zamówienia została ustalona z zachowaniem należytej staranności muszą zostać łącznie spełnione następujące warunki, tj.:

- 1) szacowanie zamówienia musi obejmować wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na koszt wykonania danego zamówienia,
- 2) źródło wiedzy dotyczące wartości zamówienia powinno zapewniać, że pozyskane przez zamawiającego informacje są wiarygodne, rzetelne, a więc bliskie wartości rzeczywistej występującej na rynku. Ponadto, zgodnie z art. 32 ust. 2 Pzp, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne oraz prawne, stwierdził co następuje.

Przechodząc w tym miejscu na grunt faktyczny przedmiotowego postępowania, po pierwsze należy stwierdzić, iż nie jest możliwym, aby koszt wykonania zamówienia pn. *„Zarządzanie, zamknięcie i rekultywację składowiska odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne w Warce”* (znak postępowania: IR.271.2.8.2018) na terenie składowiska odpadów o powierzchni 6,16 ha (jak wynika z załączonej dokumentacji, w szczególności projektu budowlanego, a także instrukcji prowadzenia składowiska, zamówienie miało polegać na zamknięciu i rekultywacji kwatery podstawowej, a po podwyższeniu docelowej rzędnej składowania odpadów do rzędnej 126,0 m n.p.m. w kwaterach E i F, docelowo zamknięciu i rekultywacji całości składowiska), nie przekraczał wartości 30.000 euro. Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 79.000,00 zł netto (18.322,23 euro netto), w związku z czym postępowanie zostało przeprowadzone w trybie zapytania ofertowego z pominięciem stosowania przepisów Pzp. Powyższa kwota wynikała z przeprowadzonego przez Zamawiającego rozeznania rynkowego (zapytanie ofertowe nr IR.7011.7.2018 na *„Zamknięcie i rekultywację składowiska odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne i obojętne w Warce, gm. Warka”* z 16.02.2018 r.) i stanowiła średnią arytmetyczną cen netto ofert wstępnych Wykonawców FOLEKO i ZUK Białystok dla Wariantu 2 polegającego na wykonaniu zamknięcia i rekultywacji składowiska zgodnie z zaktualizowaną przez wykonawcę dokumentacją techniczną w celu obniżenia kosztów przedsięwzięcia w granicach obowiązującego prawa oraz uzyskanymi w przyszłości nowymi decyzjami administracyjnymi. Jednocześnie, Zamawiający nie określił, czym powinni kierować się wykonawcy przy przeprowadzeniu aktualizacji dokumentacji technicznej w celu obniżenia kosztów przedsięwzięcia, tj. nie określił wymagań, np. technicznych, ekonomicznych, materiałowych lub funkcjonalnych, nie wskazał ewentualnej możliwości odpłatnego przyjmowania odpadów wykorzystywanych do rekultywacji od podmiotów trzecich oraz w jakim okresie. Informacja na temat sposobu dokonania aktualizacji nie wynika z załączonej dokumentacji zarówno do wstępnego zapytania ofertowego, jak i właściwego

zapytania ofertowego. Wskazał, iż z analizy uzasadnienia dotyczącego kalkulowania ceny oferty wstępnej w poszczególnych wariantach wykonawcy FOLEKO wynika, iż tak duża różnica w cenie oferty wstępnej w Wariancie 1 oraz w Wariancie 2 w zasadniczej mierze jest wynikiem przyjęcia założenia, że w Wariancie 2 zostanie znacznie wydłużony okres przyjmowania odpadów przydatnych do rekultywacji. W przypadku Wariantu 1, w sytuacji gdy okres przyjmowania odpadów (wynikający z posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji) wynosił ok. 4 miesiące, wykonawca skalkulował cenę oferty wstępnej na ok. 4 100 000 zł netto. W przypadku zaś Wariantu 2, przy założeniu przez wykonawcę FOLEKO 2,5 letniego okresu przyjmowania odpadów, cena oferty wstępnej wyniosła 110 000 zł netto. A zatem wykonawca FOLEKO w Wariancie 2 założył, iż znaczna część wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia rekompensowana będzie dochodami uzyskanymi od podmiotów trzecich w zamian za odpłatne przyjmowanie odpadów w dłuższym okresie.

Zaznaczył przy tym, iż Zamawiający przy szacowaniu wartości zamówienia nie wziął pod uwagę kwoty 4.100.000,00 zł netto stanowiącej cenę oferty wstępnej Wykonawcy FOLEKO dla Wariantu 1, tj. wykonania zamówienia w oparciu o istniejącą dokumentację techniczną i decyzje administracyjne dotyczące zamknięcia i rekultywacji składowiska, załączone zarówno do rozeznania rynkowego, jak i właściwego zapytania ofertowego. Niniejszą kwotę należy uznać za adekwatną w stosunku do opisanego przedmiotu zamówienia, bowiem, powołując się na stanowisko Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, uśredniony koszt rekultywacji 1 ha oszacowany na podstawie podpisanych w latach 2009-2016 r. umów o dofinansowanie przedsięwzięć polegających na zamykaniu i rekultywacji składowisk innych niż niebezpieczne i obojętne, na których składowane są odpady komunalne wynosi 1 mln zł /Informacja o wyniku kontroli UZP/DKZP/KND/27/18/. Świadomość poniesienia znacznie większych kosztów na realizację zadania niż wynikających z szacowania wartości zamówienia miał również sam Zamawiający, gdyż z dokumentu sporządzonego w 2014 r. pn. „*Plan rozwoju lokalnego Miasta i Gminy Warka na lata 2014 2020*”, opracowanego na zlecenie Burmistrza Warki wynika, że szacowany koszt zadania pn. „*Rekultywacja wysypiska odpadów komunalnych w Warce*” wynieść miał 10.000.000,00 zł (szacowanie w marcu 2014 r.). W związku z tym, choć precyzyjne oszacowanie wartości działań związanych z wykonaniem przedmiotowego zamówienia mogło wiązać się z trudnościami, to niewątpliwym jest, że wartość takich robót była wielokrotnie wyższa aniżeli kwota z szacowania wartości (79.000,00 zł netto).

Po drugie, zauważył, iż z treści zapytania ofertowego IR.271.2.8.2018, ani z żadnego z dokumentów udostępnionych wykonawcom wraz z zapytaniem ofertowym przed upływem terminu składania ofert, ale także treści Umowy nr 280/UP/18 z 28.06.2018 r. w sprawie zamówienia, nie wynikało w żaden sposób założenie, że wynagrodzenie (zysk) Wykonawcy związane z realizacją przedmiotowej inwestycji będzie pochodziło w przeważającej mierze

nie od Zamawiającego, tylko od podmiotów trzecich, które będą odpłatnie przekazywać odpady Wykonawcy w celu ich użycia do celów rekultywacji. W § 10 Umowy dotyczącego wynagrodzenia Wykonawcy ZUK Białystok wskazano, że wynagrodzenie 59 040,00 zł brutto obejmowało wszystkie koszty związane z opracowaniem projektu budowlanego i wykonawczego, pozyskanie decyzji zmieniających oraz realizację robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Ponadto, w § 8 Wykonawca zobowiązał się jedynie do przyjmowania od ZUK Warka Sp. z o.o. odpadów do wykorzystania przy rekultywacji oraz odpadów do składowania bez ponoszenia opłat przez ZUK Warka Sp. z o.o. Dopiero na etapie realizacji umowy Decyzją Marszałka Województwa Mazowieckiego Nr 85/18/PZ.Z z 15.11.2018 r. udzielono pozwolenia Wykonawcy ZUK Białystok na prowadzenie instalacji do składowania odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne, o zdolności przyjmowania ponad 10 ton odpadów na dobę lub o całkowitej pojemności ponad 25 000 ton zlokalizowanej przy ul. Fabrycznej 41 w miejscowości Warka. Jak wynika z uzasadnienia powyższej decyzji, Wykonawca ZUK Białystok stał się dzierżawcą nieruchomości, na której znajduje się instalacja do składowania odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne, o zdolności przyjmowania ponad 10 ton odpadów na dobę lub o całkowitej pojemności ponad 25 000 ton, (...), wraz ze wszystkimi instalacjami i urządzeniami związanymi z prowadzeniem tego składowiska. Należy zatem przyjąć, iż w ten sposób Wykonawca uprawniony został do odpłatnego przyjmowania odpadów na kwaterach E i F (gdyż jak wynika z dokumentacji postępowania przyjmowania odpadów do składowania na kwaterze podstawowej zaprzestano z 30.09.2014 r.) aż do momentu osiągnięcia docelowej rzędnej składowania odpadów do rzędnej 126,0 m n.p.m. Tym samym Wykonawca mógł rekompensować koszty wykonania zamówienia w oparciu o odpłatne przyjmowanie odpadów od podmiotów trzecich, co nie było wyraźnie wskazane przez Zamawiającego na etapie prowadzenia postępowania. Ponadto, wskazał, iż wśród robót wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia znalazły się takie, które figurują w wykazie robót budowlanych, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r, w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1125), wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 2c Pzp. Roboty polegające np. na zmianie lokalizacji istniejących rowów opaskowych i budowie nowych rowów po wschodniej stronie składowiska, czy na wykonaniu warstwy odwadniającej stanowią niewątpliwie roboty budowlane w rozumieniu Pzp. Należy zauważyć, że definicja robót budowlanych, zawarta w art. 2 pkt 8) Pzp jest pojęciem autonomicznym dla zamówień publicznych — ma zastosowanie na gruncie stosowania przepisów tej ustawy, w szczególności celem dokonania czynności szacowania wartości przedmiotu zamówienia.

Z powyższego wynika zatem, że część robót niezbędnych do realizacji niniejszego zamówienia odpowiadała wprost definicji robót budowlanych i nawet przy przyjęciu założenia, że inne prace same w sobie mogły bezpośrednio tej definicji nie odpowiadać, to jednak — jak wynika z treści decyzji na zamknięcie składowiska - niemożliwe byłoby ich wykonanie bez wykonania również robót stanowiących roboty budowlane w rozumieniu Pzp. Należy stwierdzić zatem, że ze względu na charakter przedmiotowego zamówienia, do szacowania wartości znajdowały zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące zasad szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane, tj. art. 33 Pzp. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustalił natomiast wartość przedmiotowego zamówienia na podstawie rozeznania rynkowego, uwzględniającego wyłącznie wstępne ceny ofert wykonawców dla wariantu polegającego na aktualizacji dokumentacji przez wykonawców bez określenia ze strony Zamawiającego wymagań, np. technicznych, ekonomicznych, materiałowych lub funkcjonalnych, a także bez wskazania, czy i w jakim okresie wykonawca miałby możliwość odpłatnego przyjmowania odpadów przydatnych do rekultywacji od podmiotów trzecich, a co za tym idzie, że wynagrodzenie wykonawcy może pochodzić od dostawców ww. odpadów. Ustalenie wartości zamówienia nastąpiło zatem na niejasnych podstawach bez określenia istotnych założeń. Gdyby kierować się zatem wyłącznie założeniami wskazanymi przez Zamawiającego we wstępnym zapytaniu ofertowym (stanowiącym rozeznanie rynkowe), z którego nie wynika w żaden sposób np. kalkulacja wynagrodzenia (zysku) Wykonawcy w oparciu o odpłatne przyjmowanie odpadów od podmiotów trzecich, to niezrozumiałym jest nieuwzględnienie w szacowaniu wartości zamówienia ceny oferty wstępnej w Wariantcie I Wykonawcy FOLEKO. Należy podkreślić, że czynność ustalenia kwoty stanowiącej wartość przedmiotu zamówienia, jako warunkująca możliwość podjęcia decyzji, czy udzielenie danego zamówienia ze względu na jego wartość podlega reżimowi określonymu w przepisach Pzp, powinna być dokonana z uwzględnieniem wymagań odpowiednich dla rodzaju zamówienia, określonych w przepisach tej ustawy. Nieuprawnione jest zatem przyjęcie poglądu, że w przypadku, gdy zdaniem Zamawiającego wartość zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek stosowania do udzielenia zamówienia przepisów Pzp, nie istnieje obowiązek stosowania do celów jej oszacowania przepisów tej ustawy właściwych dla rodzaju planowanego zamówienia i w konsekwencji Zamawiający jest uprawniony do jej ustalenia w dowolny sposób. Wyłączenie stosowania przepisów Pzp oznacza, że ustawodawca nie narzuca zamawiającemu stosowania określonego katalogu trybów, a także nie reguluje szczegółowo jego czynności w tym zakresie. Jednak nawet przy braku obowiązku stosowania ustawy z powodu wartości planowanego zamówienia, zamawiający powinien najpierw, stosując zasady szacowania z art. 32 i n. Pzp ustalić wartość planowanego zamówienia. Obowiązek prawidłowego oszacowania wartości przedmiotu

zamówienia wynika z faktu, iż w jego następstwie następuje określenie wymagań ustawowych Pzp, które będą miały zastosowanie w przygotowywanym postępowaniu /uchwała KIO z 11.02.2016 r., sygn. akt: KIO/KD 14/16/. Podstawą do dokonania czynności oszacowania wartości przedmiotu zamówienia powinny być bowiem elementy składające się na opis przedmiotu zamówienia. Żeby zatem móc w sposób możliwie dokładny przewidzieć kwotę całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie określonych prac składających się na przedmiot zamówienia, niezbędne jest w pierwszej kolejności wyczerpujące wskazanie ich zakresu, z uwzględnieniem wszystkich istotnych elementów niezbędnych do prawidłowego skalkulowania ceny oferty. Zamawiający natomiast nie opisał i nie oszacował zgodnie z przepisami Pzp elementów zadania mających charakter robót budowlanych. W niniejszych okolicznościach stanu faktycznego oraz prawnego należy stwierdzić, iż powyższe stanowi naruszenie art. 33 ust. 1 pkt 2) Pzp. Co więcej, stwierdził, że w okolicznościach faktycznych oraz prawnych, w konsekwencji doszło do bezpodstawnego odstąpienia przez Zamawiającego, od stosowania przepisów ustawy w oparciu o wyłączenie określone w art. 4 pkt 8 Pzp. W rezultacie przedmiotowe zamówienie zostało udzielone z naruszeniem określonych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności w jednym z trybów podstawowych, o którym mowa w art. 10 ust. 1 Pzp. Podsumowując stwierdził, iż Zamawiający oszacował wartość zamówienia z niezachowaniem należytej staranności. Wskazuje na to oszacowanie przez Zamawiającego zadania polegającego na zamknięciu i rekultywacji składowiska odpadów o powierzchni ponad 6 ha, a także jego zarządzania na poziomie 79.000 zł netto, a więc poniżej kwoty 30.000 euro zobowiązującej do stosowania przepisów ustawy Pzp, podczas gdy realna wartość znacznie tę kwotę przewyższała. Zarazem Zamawiający nie wskazał w treści zapytania ofertowego, że wykonawcy będą mogli kalkulować swoje oferty w oparciu o założenie, że część wynagrodzenia będzie pochodziła od osób trzecich w ramach odpłatnego przyjmowania odpadów i w jakim okresie. Tym samym, przeprowadzenie postępowania w trybie zapytania ofertowego z pominięciem przepisów ustawy Pzp w sposób istotny mogło również ograniczyć krąg wykonawców mogących zrealizować zamówienie, gdyż Zamawiający zwrócił się z zapytaniem jedynie do dwóch wykonawców, z których tylko jeden złożył finalnie ofertę. Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że Zamawiający zaniechał stosowania przepisów, pomimo iż ciążył na nim obowiązek zastosowania jednego z trybów podstawowych przewidzianych w ustawie Pzp ze względu na fakt, iż wartość zamówienia przekroczyła kwotę 30.000

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia z 15.09.2020 r. (wpływ bezpośredni 15.09.2020 r.) do wyników kontroli doraźnej, w których podniósł co następuje. Już samo określenie przez kontrolującego postępowania, które było objęte kontrolą jest nieprawidłowe. Jako rodzaj zamówienia wskazano „*robota budowlana*” (k. 1), co w żaden sposób nie odpowiada temu co w rzeczywistości było przedmiotem udzielonego zamówienia. Takie ukierunkowanie prowadzonej kontroli musiało doprowadzić do stwierdzenia nieistniejących naruszeń prawa. Kierując się takim przyjętym założeniem błędne uznano, że doszło do naruszenia art. 32 ust. 1 i 2 i art. 33 ust. 1 pkt 2 Pzp, czyli przepisu rzeczywiście odnoszącego się do robót budowlanych. Tymczasem rekultywacja składowiska odpadów nie jest budową obiektu budowlanego, ani też rozbudową, nadbudową czy przebudową, ani pracą polegającą na remoncie czy rozbiórce obiektu. Nie podlega więc rygorom prawa budowlanego. Takie stanowisko wynika z utrwalonego orzecznictwa sądów administracyjnych, które wskazują przy tym, że celem rekultywacji jest nadanie lub przywrócenie gruntom zdegradowanym albo zdewastowanym wartości użytkowych lub przyrodniczych przez właściwe ukształtowanie rzeźby terenu, poprawienie właściwości fizycznych i chemicznych, uregulowanie stosunków wodnych, odkwaszenie gleb, umocnienie skarp. Takie stanowisko zostało wyrażone m.in. w wyroku NSA z 24.07.2002 r. w sprawie II Sa/Ka 380/02. Podobnie wypowiedział się WSA w W-wie w wyroku z 14.11.2006 r. w sprawie IV SA/Wa 1415/06. Przywołane orzecznictwo jednoznacznie wskazuje, że nie można utożsamiać przeprowadzenia rekultywacji składowiska odpadów z prowadzeniem robót budowlanych. Kontrolujący błędnie i bez należytego uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym przyjął, iż w objętym zakresie kontroli postępowaniu do szacowania wartości zamówienia znajdować powinny zastosowanie przepisy Pzp dotyczące zasad szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane, tj. art. 33 Pzp. Na podstawie tak przyjętego błędnego założenia kontrolujący bezpodstawnie uznał, iż doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w sentencji Informacji o stwierdzonych naruszeniach. Zgodnie z art. 2 pkt 8 Pzp przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c Pzp lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Analiza opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, że tylko jedna pozycja prac nim objętych może być kwalifikowana jako roboty budowlane w rozumieniu prawa zamówień publicznych (pkt 1 tiret 1 Zapytania ofertowego „*zmiana lokalizacji istniejących rowów opaskowych i budowa nowych rowów po wschodniej stronie składowiska*”) pozostałe zaś prace nie odpowiadają definicji ustawowej prac budowlanych zawartej w Pzp. Takie ustalenie winno skutkować koniecznością uznania, że w analizowanym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem wielorodzajowym (mieszanym), do którego zastosowanie mają przepisy art.

5c Pzp, czego konsekwencją winno być stosowanie do udzielenia przedmiotowego zamówienia przepisów, które odpowiadają jego głównemu przedmiotowi /Regulacja ta wiąże się z motywem II Dyrektywy 2014/24/UE mówiącym, że w przypadku zamówień mieszanych mające zastosowanie przepisy powinny być określone według głównego przedmiotu zamówienia/, tj. realizacji usług w rozumieniu art. 2 pkt 10 Pzp. Przy ustalaniu tego co jest głównym przedmiotem zamówienia należy bowiem wziąć pod uwagę przede wszystkim cel udzielanego zamówienia, a nie wielkość czy wartość poszczególnych rodzajów zamówień /W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. Opublikowano: WKP 2018, P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W-wa 2016, s. 147; Uchwała KIO z 13.12.2019 r., sygn. akt: KIO/KD 75/19)/ Jak wskazano powyżej w analizowanym stanie faktycznym przedmiotem zamówienia jest zarządzanie składowiskiem oraz wykonanie jego rekultywacji, a ewentualne roboty budowlane mają w tym przypadku jedynie charakter poboczny i akcesoryjny. Konsekwencją powyższego jest brak podstaw do przyjęcia dla szacowania wartości zamówienia przepisów art. 33 ustawy Pzp dotyczących robót budowlanych /Niezależnie od przedstawionych zastrzeżeń wskazać dodatkowo należy na prezentowane w doktrynie stanowisko, iż do świadczeń traktowanych celem szacowania przedmiotu jako roboty budowlane, niebędących jednak robotami w rozumieniu Prawa budowlanego (co jak wykazano ma miejsce w analizowanym przypadku), nie znajdują zastosowania zasady dokonywania szacowania wartości zamówienia w oparciu o art. 33 Pzp i szacowanie następuje na zasadach ogólnych określonych w art. 32 Pzp - Z. Leszczyński, Rozbieżności w przepisach zamówieniowych i budowlanych, Monitor Zamówień Publicznych 2017/6/6-12./.

Tymczasem kontrolujący z jednej strony potwierdził w treści uzasadnienia Informacji o wyniku kontroli (zob. str. 15) fakt, iż jedynie wskazana powyżej niewielka część prac wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia mogła stanowić roboty budowlane, a pozostałe z tych prac nie odpowiadały definicji robót budowlanych, z drugiej zaś w sposób zupełnie dowolny i wbrew dokonany ustaleniom uznał, że „ze względu na charakter przedmiotowego zamówienia(...)”, do szacowania wartości znajdowały zastosowanie przepisy art. 33 Pzp. Następstwem wskazanych powyżej błędnych ustaleń kontrolującego co do przepisów w oparciu o które zamawiający winien dokonać oszacowania wartości zamówienia, było sformułowanie zarzutu naruszenia art. 32 ust. 1 i ust. 2 i art. art. 33 ust. 1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 10 ust. 1 Pzp. Wbrew twierdzeniom kontrolującego zamawiający nie dopuścił się naruszeń w zakresie powołanych powyżej przepisów. W opisie czynności przeprowadzonych przez zamawiającego kontrolujący prawidłowo stwierdził, że przy określaniu wartości zamówienia zamawiający rozważał dwa warianty wykonania rekultywacji składowiska gminnego i ostatecznie dokonano wyboru, jako sposobu przeprowadzania rekultywacji Wariantu II obejmującego, wykonanie zamknięcia i rekultywacji składowiska

w oparciu o opracowaną przez Wykonawcę nową dokumentację w terminach określonych w nowych decyzjach administracyjnych. Pierwszy wariant wiązał się, w wypadku jego wyboru, z koniecznością poniesienia przez Gminę znacznych wydatków. Zmieniające się realia gospodarcze i technologiczne, dawały jednak możliwość wykonania koniecznej rekultywacji przy zastosowaniu innego wariantu przeprowadzenia rekultywacji. I ten II wariant został ostatecznie wybrany. Organ kontrolujący jakby tego nie zauważył. Dalsze ustalenia kontrolującego, że przy ustalaniu wartości zamówienia nie wskazano we wstępnym zapytaniu ofertowym, że wykonawca będzie mógł odpłatnie przyjmować odpady na składowisko, niezbędne do wykonania rekultywacji, nie mają znaczenia dla jakiegokolwiek stwierdzenia naruszenie prawa przez zamawiającego. Nie ma bowiem żadnego przepisu, który by tego od niego wymagał, przy ustalaniu wartości zamówienia. Niezależnie od powyższego podkreślić dodatkowo należy, że zapytanie ofertowe zostało skierowane do podmiotów profesjonalnie zajmujących się działalnością objętą jego przedmiotem - wobec powyższego brak było konieczności wskazywania wprost potencjalnej możliwości uzyskiwania przez nich dochodów w związku z przyjmowaniem odpadów na wysypisko. Możliwość taka była bowiem oczywista i wynikała chociażby z faktu, iż przedmiot zamówienia obejmował również zarządzanie składowiskiem (co kontrolujący całkowicie pominął w swoich rozważaniach) z którymi to czynnościami związane jest uprawnienie przyjmowania odpadów na składowisko, a świadomość oferentów co do możliwości uzyskiwania takich przychodów wynika jednoznacznie z analizy treści złożonych przez nich ofert. Oczywistym jest również, że dopiero na etapie realizacji umowy wykonawca uzyskuje prawo do prowadzenia składowiska.

Zgodnie z art. 32 Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Zamawiający podjął działania zmierzające do ustalenia wysokości wartości zamówienia w drodze rozeznania rynku. W tym celu zwrócił się do podmiotów wykonujących rekultywacje składowisk na terenie Polski. Mając na uwadze jego wyniki, mógł mieć pełne przekonanie, że ustalona przez niego wartość zamówienia jest jak najbardziej wartością rynkową. W świetle powyższego za zupełnie arbitralne i dowolne należy uznać zawarte w uzasadnieniu Informacji (...) stwierdzenie, iż „(...) *nie jest możliwym, aby koszt zamówienia (...) nie przekraczał wartości 30.000,00 euro.*” (zob. str. 13). Powoływanie się przy tym przez kontrolującego na dane z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej co do uśrednionego kosztu rekultywacji 1 ha składowiska innego niż składowisko odpadów niebezpiecznych w latach 2009-2016, jest w niniejszej sprawie co najmniej z dwóch powodów chybione. Po pierwsze nie uwzględnia faktu, iż na przestrzeni lat zmieniły się metody i zasady realizacji prac rekultywacyjnych, co skutkowało w praktyce znaczącym obniżeniem ich kosztów dla zamawiających, do wielkości zbliżonych

do kwoty oszacowanej przez zamawiającego w ramach wariantu II /postępowania prowadzonego przez Gminę Cieszków, Numer sprawy. KOM. 7021.3.16.2017 Nazwa przedmiotu zamówienia: Zamknięcie i rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Guzowicach, gmina Cieszków/, po drugie zaś pomija fakt, iż wartości te mogą odnosić się jedynie do rekultywacji realizowanej tak jak w rozważanym wstępnie przez zamawiającego Wariacie I. A przecież od tego wariantu przyjmować, że zamawiający nie dochował należytej staranności przy dokonywaniu szacowania wartości zamówienia, mając na uwadze podjęte i udokumentowane działania związane z rozeznaniem rynku.

Wynik kontroli pomija ponadto w swoich ustaleniach, że wykonując zadania własne Gmina musi się kierować określonymi w art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych zasadami wydatkowania środków publicznych, które powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

a) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów - które to zasady miały pełne zastosowanie na gruncie niniejszej sprawy. Wybór wariantu wykonywania rekultywacji składowiska uwzględnia właśnie jak najbardziej efektywny sposób wydatkowania środków publicznych. Osiągnięcie celu, jakim jest przywrócenie do stanu używalności zdewastowanego składowaniem odpadów terenu, przy spełnieniu wymogów wynikających z decyzji właściwych organów z zakresu ochrony środowiska, zostało niewątpliwie osiągnięte, bez konieczności wydatkowania ogromnych środków z budżetu gminy. Prowadzone zamknięcie i rekultywacja składowiska prowadzone jest z wykorzystaniem dozwolonych materiałów, co jest pod nadzorem Urzędu Marszałkowskiego oraz Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska. Stan zaawansowania procesu rekultywacji jest zadawalający i wkrótce zostanie on zakończony, przy zachowaniu kwoty wynagrodzenia niższej niż ustalona w oparciu o dokonane szacowanie tym samym zupełnie chybione i pozbawione podstaw są twierdzenia kontrolującego, iż realna wartość zamówienia znacznie przewyższa przyjętą przez zamawiającego kwotę oszacowania. To, że kilka lat przed udzieleniem zamówienia będącego przedmiotem kontroli doraźnej przewidywano konieczność wydatkowania z budżetu gminy ok. 10 mln. zł. na rekultywację, nie ma znaczenia dla ustalenia czy określona po rozeznaniu rynku wartość zamówienia może być uznana za zaniżoną. Szacowanie w 2014 r. wydatków z tego tytułu było związane z przyjmowaniem Wariantu I przeprowadzenia rekultywacji, a więc jednego wtedy przyjmowanego i dopuszczonego sposobu rekultywacji składowisk tego typu, jak składowisko w Warce, czyli prowadzenie go przez właściciela składowiska czyli gminę. Po tym czasie zaczęto dopuszczać w praktyce stosowanie rozwiązań alternatywnych, obejmujących powierzenie prowadzenia czynności związanych z zamykaniem składowisk i ich rekultywacji podmiotom zewnętrznym. Ten sposób jest co raz szerzej praktykowany,

mając pełną akceptację ze strony organów administracji, wydających pozwolenia na zamykanie składowisk oraz nadzorujących procesy ochrony środowiska. Zamawiający prawidłowo, uwzględniając główny przedmiot zamówienia, dokonał oszacowania wartości zamówienia stosując ogólne zasady szacowania z art. 32 Pzp, a nie zasady przewidziane w art. 33 Pzp dotyczące robót budowlanych - nie dopuścił się tym samym naruszenia przedmiotowych przepisów, nie doszło również do bezpodstawnego odstąpienia przez zamawiającego od stosowania przepisów Pzp w oparciu o wyłączenie określone w art. 4 ust. 8 Pzp.

Prezes UZP w odpowiedzi z 28.09.2020 r. (znak: DKZP.WKZ1.442.15.2020.MP KND/35/20/DKZP) na zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą doraźną wskazał, iż nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszeń Pzp.

W pierwszej kolejności wskazał, iż zgodnie z art. 5c ust. 1 Pzp, jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie te same przepisy ustawy, jak zamówienia sektorowe albo zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo zamówienia udzielane na zasadach ogólnych, obejmujące co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi. Powołując się na ustalony w Informacji o wyniku kontroli z 04.09.2020 r. stan faktyczny ww. postępowania, należy przypomnieć, iż wśród robót wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia znalazły się takie, które figurują w wykazie robót budowlanych, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1125), wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 2c Pzp (np. zmiana lokalizacji istniejących rowów opaskowych i budowa nowych rowów po wschodniej stronie składowiska, wykonanie warstwy odwadniającej). Oznacza to, że część robót niezbędnych do realizacji niniejszego zamówienia odpowiadała wprost definicji robót budowlanych i nawet przy przyjęciu założenia, że inne prace same w sobie mogły bezpośrednio tej definicji nie odpowiadać, to jednak - jak wynika z treści decyzji na zamknięcie składowiska - niemożliwe byłoby ich wykonanie bez wykonania również robót stanowiących roboty budowlane w rozumieniu Pzp. Ponadto, ze względu na powyższe, w celu właściwego oszacowania wartości elementów zadania mających charakter robót budowlanych, Zamawiający zobowiązany był dokonać tej czynności zgodnie z przepisami Pzp (dotyczących zasad szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane, tj. art. 33 Pzp). Wskazał, że czynność ustalenia kwoty stanowiącej wartość przedmiotu zamówienia, jako warunkująca możliwość podjęcia decyzji, czy udzielenie danego zamówienia ze względu na jego wartość podlega reżimowi określone

w przepisach Pzp, powinna być dokonana z uwzględnieniem wymagań odpowiednich dla rodzaju zamówienia, określonych w przepisach tej ustawy. Żeby zatem móc w sposób możliwie dokładny przewidzieć kwotę całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie określonych prac składających się na przedmiot zamówienia, niezbędne jest w pierwszej kolejności wyczerpujące wskazanie ich zakresu, z uwzględnieniem wszystkich istotnych elementów niezbędnych do prawidłowego skalkulowania ceny oferty. Przypomniał, za Informacją o wyniku kontroli z 04.09.2020 r., iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zamówienie obejmować miało następujące roboty i prace: Roboty związane z zamknięciem składowiska:

- roboty pomiarowe i niwelacja terenu czaszy wysypiska; - zmiana lokalizacji istniejących rowów opaskowych i budowa nowych rowów po wschodniej stronie składowiska;
- wyprofilowanie skarp składowiska; - uformowanie wierzchołki składowiska

Roboty i prace związane z rekultywacją składowiska:

- wykonanie warstwy wyrównawczej; - wykonanie warstwy odgazowującej; - wykonanie warstwy uszczelniającej; - wykonanie warstwy odwadniającej; - wykonanie warstwy rekultywacyjnej; - zabiegi agrotechniczne i wysiew mieszanki nasion traw i roślin motylkowych. Ilość powyżej określonych robót i prac zostały określone w przedmiarze robót, który stanowi załącznik do ww. zapytania. Do ww. zakresu prac należy doliczyć i wykonać, jeśli oferent przewiduje, opracowanie dokumentacji zamiennej/aneks do projektu rekultywacji wraz z wnioskiem o zmianę decyzji o pozwoleniu na budowę i o zmianę wydanej decyzji na zamknięcie składowiska oraz w razie konieczności z wnioskiem w sprawie zatwierdzenia instrukcji prowadzenia składowiska odpadów komunalnych i innych niż niebezpieczne w Warce, gm. Warka oraz opracowanie dokumentacji uzupełniającej niezbędnej do uzyskania decyzji na zamknięcie składowiska odpadów komunalnych i innych niż niebezpieczne w Warce, gm. Warka, a w szczególności instrukcji prowadzenia składowiska oraz w razie konieczności dokumentacji do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i decyzji o lokalizacji celu publicznego. Ponadto wykonawca w ofercie musi uwzględnić koszty uzyskania niezbędnych materiałów i uzgodnień potrzebnych do opracowania dokumentacji zamiennej np. mapa do celów projektowych, warunki techniczne, niezbędne uzgodnienia środowiskowe, badania geologiczne itp. Wykonawca z chwilą zawarcia umowy przejmuje wszelkie obowiązki i odpowiedzialność w zakresie zarządzania składowiskiem odpadów wyłączając teren SPOK. Jak wynika z powyższego, w celu realizacji wyżej wskazanego opisu przedmiotu zamówienia, jeśli wykonawca przewidywał, należało opracować dokumentację zamienną/aneks do projektu rekultywacji wraz z wnioskiem o zmianę decyzji o pozwoleniu na budowę. Przywołana wyżej decyzja o pozwoleniu na budowę, załączona do dokumentacji postępowania to Decyzja Starosty Grójeckiego Nr 254/2012 z 23.03.2012 r., zgodnie z którą na podstawie art. 28, art. 33 ust. 1, art. 34 ust. 4

i art. 36 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.) oraz na podstawie art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.), zatwierdzono projekt budowlany pn. „Przebudowa rekultywowanego składowiska odpadów komunalnych w Warce” i udzielono pozwolenia Gminie Warka na przebudowę rekultywowanego składowiska odpadów komunalnych w Warce. Po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia, Wykonawca ZUK Białystok uzyskał natomiast następujące decyzje:

- Decyzję Starosty Grójeckiego Nr 852/2018 z 14.08.2018 r. przenoszącą na podstawie art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 z późn. zm.) oraz art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2017 r. poz. 1257 z późn. zm.) ww. Decyzję Starosty Grójeckiego Nr 254/2012 z 23.03.2012 r. z inwestora Gmina Warka na inwestora - Wykonawcę ZUK Białystok

- oraz Decyzję Starosty Grójeckiego Nr 610/2019 z 14.06.2019 r. na podstawie art. 28, art. 33 ust. 1, art. 34 ust. 4, art. 36 i art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 z późn. zm.) oraz na podstawie art. 104 i art. 163 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 2059 z późn. zm.) zatwierdzającej zamienny projekt budowlany (wprowadzający zmiany do projektu budowlanego zatwierdzonego ww. Decyzją Starosty Grójeckiego Nr 254/2012 z 23.03.2012 r.) i udzielającej pozwolenia na przebudowę rekultywowanego składowiska odpadów komunalnych w Warce. Zauważył, iż po pierwsze, wbrew twierdzeniu Zamawiającego wskazanego w zastrzeżeniach (s. 2), w niniejszym stanie faktycznym rekultywacja składowiska odpadów, która zgodnie z wydaną dla tego przedsięwzięcia decyzją o pozwoleniu na budowę, stanowiła przebudowę rekultywowanego składowiska podlega również przepisom ustawy Prawo budowlane. Po drugie, przepisy ustawy Prawo budowlane, na podstawie których wydawano powyżej opisane decyzje, umieszczone zostały w Rozdz. 4 ustawy Prawo budowlane dotyczącym postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych. Po trzecie, ww. decyzje zostały wydane na przebudowę rekultywowanego składowiska odpadów, natomiast „przebudowa” obiektu budowlanego, zgodnie z definicją robót budowlanych zawartą w art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane mieści się w pojęciu roboty budowlanej. Biorąc powyższe pod uwagę, należy w tym stanie faktycznym przyjąć, iż Zamawiający zobowiązany był dokonać czynności szacowania wartości zamówienia zgodnie z przepisami Pzp dotyczących zasad szacowania wartości zamówienia na roboty budowlane, tj. art. 33 Pzp. Odnosząc się zaś do przywołanego w zastrzeżeniach przez Zamawiającego orzecznictwa sądów administracyjnych (s. 2-3) wskazał, iż nie podważa ono stanowiska zobowiązującego Zamawiającego do zastosowania art. 33 ust. 1 pkt 2 Pzp. W stanie faktycznym

kontrolowanego przez UZP postępowania przedmiot zamówienia był odmienny aniżeli w przedmiocie sprawy objętej wyrokiem NSA z 24.07.2002 r., sygn. akt II SA/Ka 380/02. W sprawie będącej przedmiotem wyroku NSA, decyzja o pozwoleniu na budowę dotyczyła „*pozwolenia na rekultywację składowiska odpadów*”, natomiast w kontrolowanym postępowaniu decyzja o pozwoleniu na budowę dotyczyła „*pozwolenia na przebudowę rekultywowanego składowiska odpadów*”. A zatem Sąd rozstrzygał czy „*rekultywacja składowiska odpadów*” wymaga pozwolenia na budowę, natomiast nie rozstrzygał, czy „*przebudowa rekultywowanego składowiska odpadów*” takiego pozwolenia wymaga. Ponadto, jak wynika z ww. wyroku: „*W zatwierdzonym zaskarżoną decyzją projekcie budowlanym podano w części dotyczącej celu opracowania, iż jest nim przywrócenie walorów krajoznawczych, użytkowych, a przede wszystkim zabezpieczenie środowiska przed negatywnym wpływem odpadów. Cel ten miał zostać osiągnięty poprzez rozwiązanie projektowe obejmujące takie elementy jak ukształtowanie bryły odpadów, wykonanie warstwy mineralnej podfoliowej, uszczelnienie wierzchołku składowiska, wykonanie warstwy mineralnej i rekultywację biologiczną wierzchołku składowiska. Przyjęte i zatwierdzone rozwiązanie projektowe stanowią o pracach koniecznych do wykonania w celu przywrócenia walorów krajoznawczo-użytkowych, które nie są budową ani robotami budowlanymi w rozumieniu art. 28 prawa budowlanego.*” Z powyższego wynika, iż przedmiotem zaskarżonej decyzji o pozwoleniu na budowę było wykonanie prac o mniejszym zakresie aniżeli zakres robót niezbędnych do wykonania w kontrolowanym postępowaniu. Również wyrok WSA z 14.11.2006 r. (sygn. akt: IV Sa/Wa 1415/06) zapadł w odmiennym niż kontrolowane stanie faktycznym. W związku z tym, na podstawie przywołanych orzeczeń nie można jednoznacznie przesądzić, iż mają one zastosowanie w stanie faktycznym kontrolowanego postępowania. Stanowisko uznające za główny przedmiot zamówienia roboty budowlane, do momentu sporządzania zastrzeżeń odnośnie Informacji o wyniku kontroli z 04.09.2020 r., a co najmniej na etapie prowadzonego przez UZP postępowania wyjaśniającego poprzedzającego wszczęcie kontroli doraźnej w tej sprawie, prezentował także sam Zamawiający. W dniu 19.02.2020 r. w związku z prowadzonym przez UZP postępowaniem wyjaśniającym, zwrócono się m.in. o wskazanie sposobu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia oraz prawnego i faktycznego uzasadnienia przeprowadzenia postępowania bez zastosowania przepisów Pzp. W odpowiedzi z 03.03.2020 r., w odniesieniu do wskazania sposobu ustalenia wartości szacunkowej Zamawiający wskazał, że została ustalona na podstawie zapytania ofertowego wstępnego przeprowadzonego w celu rozeznania cen rynkowych przedmiotu zamówienia dla planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót według art. 33 ust. 1 pkt 2 Pzp (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.). Stanowisko Zamawiającego przedstawione w zastrzeżeniach z 15.09.2020 r. pozostaje zatem w sprzeczności z wyjaśnieniami odnośnie

sposobu ustalenia wartości zamówienia z 03.03.2020 r. Ustalenie w przedmiotowym postępowaniu wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia na podstawie rozeznania rynkowego, uwzględniającego wyłącznie wstępne ceny ofert wykonawców dla Wariantu II polegającego na aktualizacji dokumentacji przez wykonawców bez określenia ze strony Zamawiającego wymagań, np. technicznych, ekonomicznych, materiałowych lub funkcjonalnych, dotyczących sposobu aktualizacji a także bez wskazania, czy i w jakim okresie wykonawca miałby możliwość odpłatnego przyjmowania odpadów przydatnych do rekultywacji od podmiotów trzecich, a co za tym idzie, że wynagrodzenie wykonawcy może pochodzić od dostawców ww. odpadów pozostaje w sprzeczności z podstawową zasadą szacowania wartości zamówień publicznych określoną w art. 32 ust. 1 Pzp, tj. z zasadą szacowania wartości zamówienia z należytą starannością. Wykonawcy w rozeznaniu rynkowym, na podstawie sobie tylko znanych założeń szacowali wartość zamówienia dla Wariantu II. Taki sposób szacowania wartości zamówienia doprowadził w konsekwencji do zaniżenia wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, co stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 Pzp.

Wskazał, iż naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w Pzp, w jednym z trybów podstawowych, stosownie do wartości zamówienia, stanowiło konsekwencję uzasadnionego powyżej, a szerzej wcześniej w Informacji o wyniku kontroli z 04.09.2020 r., naruszenia przez Zamawiającego w postępowaniu art. 32 ust. 1 i 2 Pzp i art. 33 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez ustalenie wartości zamówienia w sposób nie odpowiadający przedmiotowi zamówienia, opisanemu w dokumentacji postępowania przekazanej wykonawcom, a tym samym niezgodny z przepisami Pzp i skutkujący zaniżeniem wartości zamówienia. Z uwagi więc na to, iż rzeczywista wartość zamówienia przekraczała kwotę 30.000 euro, Zamawiający nie był uprawniony do odstąpienia od stosowania przepisów ustawy w oparciu o wyłączenie określone w art. 4 pkt 8 Pzp. Oznacza to zatem, że Zamawiający powinien co do zasady przeprowadzić postępowanie w jednym z trybów podstawowych określonych w art. 10 ust. 1 Pzp, tj. w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego. Zamawiający wobec nieuprawnionego przeprowadzenia postępowania w trybie zapytania ofertowego doprowadził do udzielenia zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, tym samym naruszając dyspozycję art. 7 ust. 3 Pzp. Ponadto zwrócił uwagę, iż przeprowadzenie postępowania w trybie zapytania ofertowego z pominięciem przepisów Pzp w sposób istotny mogło również ograniczyć krąg wykonawców mogących zrealizować zamówienie. Zamawiający zwrócił się z zapytaniem jedynie do dwóch wykonawców, z których tylko jeden złożył finalnie ofertę.

Zasada zachowania uczciwej konkurencji nie oznacza tylko zapewnienia jakiegokolwiek konkurencji. Chodzi tu o konkurencję na odpowiednim poziomie, gwarantującym, że zobowiązania wynikające z oferty i umowy będą należycie wykonane (J. Pieróg, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wyd. 15, W-wa 2019) . Uzupełnieniem zasady uczciwej konkurencji jest zasada równego traktowania. Obowiązkiem zamawiającego w tym zakresie jest między innymi dostarczenie wykonawcom takiej samej wiedzy na temat udzielanego zamówienia. Z zasadą równego traktowania ściśle związana jest zasada przejrzystości. Jak podkreśla się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zasada ta ma na celu zapewnienie, by wszystkie zainteresowane podmioty mogły zdecydować się na złożenie oferty na podstawie wszystkich istotnych informacji oraz wykluczenie wszelkiego ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga ona, by wszystkie warunki i zasady postępowania były zapisane w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny (W. Haftung i in., Dyrektywa 2014/24/UE, s. 273-274). Reasumując powyższe, podstawą skutkującą uznaniem, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1 Pzp, było ustalenie wartości zamówienia w sposób nie odpowiadający przedmiotowi zamówienia, opisanemu w dokumentacji postępowania przekazanej wykonawcom, a tym samym niezgodny z przepisami Pzp i skutkujący zaniżeniem wartości zamówienia, co doprowadziło do przeprowadzenia postępowania bez zastosowania przepisów Pzp.

Zauważył, iż ocena czynności Zamawiającego w postępowaniu pod kątem celowości lub gospodarności pozostają poza zakresem kompetencji Prezesa UZP. W tym miejscu wskazać należy, iż Prezes UZP jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych działającym w granicach i na podstawie prawa i dokonuje oceny pod kątem zgodności z przepisami Pzp (kryterium legalności). W związku z tym należy podkreślić, iż w Informacji o wyniku kontroli z 04.09.2020 r. nie rozstrzygano, który z opisanych Wariantów (I lub II) uwzględniał najbardziej efektywny sposób wydatkowania środków publicznych. Istotą przeprowadzonej przez UZP kontroli doraźnej postępowania i stwierdzonych w niej naruszeń nie było wykazanie, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp wybierając Wariant II zamiast Wariantu I, lecz fakt, iż poprzez nienależyte oszacowanie wartości zamówienia, Zamawiający przeprowadził postępowanie bez zastosowania przepisów Pzp, do czego, ze względu na rzeczywistą wartość zamówienia, był zobowiązany. Ponadto wyraźnie wskazał, iż w Informacji o wyniku kontroli z 04.09.2020 r. nie podważano prawnej dopuszczalności przyjętego Wariantu II ani nie negowano odnoszących się do ww. zamówienia decyzji właściwych organów administracji publicznej, jak również nie oceniano etapu realizacji zamówienia przez Wykonawcę, gdyż kwestie te pozostawały poza zakresem kompetencji Prezesa UZP. Ze względu na niewątpliwe trudności w precyzyjnym oszacowaniu wartości ww. zamówienia, w Informacji o wyniku kontroli z 04.09.2020 r. nie wskazano jednoznacznie kwoty odpowiadającej szacunkowej wartości zamówienia.

Posłużenie się stanowiskiem Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, zgodnie z którym uśredniony koszt rekultywacji 1 ha oszacowany na podstawie podpisanych w latach 2009-2016 r. umów o dofinansowanie przedsięwzięć polegających na zamykaniu i rekultywacji składowisk innych niż niebezpieczne i obojętne, na których składowane są odpady komunalne wynosił 1 mln zł, a także sporządzonym w 2014 r. „Planem rozwoju lokalnego Miasta i Gminy Warka na lata 2014-2020”, opracowanym na zlecenie Burmistrza Warki, z którego wynika, że szacowany koszt zadania pn. „Rekultywacja wysypiska odpadów komunalnych w Warce” wynieść miał 10.000.000,00 zł, stanowiło podkreślenie, iż bez względu na przyjęty Wariant, kwota z szacowania wartości (tj. 79.000,00 zł netto) znacząco różniła się od planowanych wydatków Zamawiającego. Różnica ta niewątpliwie wynikała nie tylko ze zmierzających do redukcji kosztów zmian metod i zasad prac rekultywacyjnych, ale przede wszystkim z przyjęcia przez Zamawiającego, że opłaty za przyjmowanie odpadów od osób trzecich, stanowiące element wynagrodzenia Wykonawcy (rekompensatę ponoszonych przez niego kosztów realizacji zamówienia), nie będą uwzględniane przy szacowaniu wartości zamówienia.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, iż w Informacji o wyniku kontroli z 04.09.2020 r. nie wzięto należycie pod uwagę, że przy określaniu wartości zamówienia Zamawiający rozważał dwa warianty wykonania rekultywacji wysypiska gminnego i ostatecznie dokonano wyboru jako sposobu przeprowadzania rekultywacji Wariantu II obejmującego wykonanie zamknięcia i rekultywacji składowiska w oparciu o opracowaną przez Wykonawcę - Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, nową dokumentację w terminach określonych w nowych decyzjach administracyjnych (s. 2), należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na pewną niekonsekwencję prezentowaną w stanowisku Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż kontrolujący prawidłowo stwierdził, że przy określaniu wartości zamówienia zamawiający rozważał dwa warianty wykonania rekultywacji składowiska gminnego i ostatecznie dokonano wyboru, jako sposobu przeprowadzania rekultywacji Wariantu II obejmującego wykonanie zamknięcia i rekultywacji składowiska w oparciu o opracowaną przez Wykonawcę nową dokumentację w terminach określonych w nowych decyzjach administracyjnych (s. 4). Należy zaznaczyć zatem, iż powyższe stanowiska zaprezentowane w zastrzeżeniach z 15.09.2020 r. przez Zamawiającego pozostają w sprzeczności. Niemniej jednak, w tym miejscu należy potwierdzić, iż w Informacji o wyniku kontroli z 04.09.2020 r. wskazano wyraźnie, iż Zamawiający dopuszczał możliwość wykonania zamówienia w jednym z dwóch sposobów (Wariant I lub Wariant II). Podkreślił, iż w Informacji o wyniku kontroli z 04.09.2020 r. wskazano, iż Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 79.000,00 zł netto (18.322,23 euro netto) w oparciu o oferty wstępne wykonawców (średnia arytmetyczna cen netto dla Wariantu 2). Jednakże przeprowadzone w tym celu rozeznanie rynkowe dla

Wariantu II pozwoliło jedynie na oszacowanie kwoty wynagrodzenia dla wybranego wykonawcy pochodzącego od Zamawiającego bez uwzględnienia przewidywanych kwot, jakie wybrany wykonawca mógłby uzyskać od osób trzecich z racji uprawnienia do pobierania opłat za przyjmowanie odpadów, a które to należało ująć na etapie szacowania wartości zamówienia. Jeśli intencją Zamawiającego było zrealizowanie zamówienia wyłącznie sposobem określonym w Wariancie II, to brak określenia w treści zapytania ofertowego IR.271.2.8.2018, oraz w dokumentach udostępnionych wykonawcom wraz z zapytaniem ofertowym przed upływem terminu składania ofert, jakichkolwiek wymagań, np. technicznych, ekonomicznych, materiałowych lub funkcjonalnych, dotyczących opracowania przez wykonawcę nowej dokumentacji a także brak wskazania, że wynagrodzenie (zysk) Wykonawcy związane z realizacją przedmiotowej inwestycji może pochodzić w przeważającej mierze nie od Zamawiającego, tylko od podmiotów trzecich, które będą odpłatnie przekazywać odpady Wykonawcy w celu ich użycia do celów rekultywacji, stanowi niezgodność z przepisami Pzp w zakresie szacowania wartości zamówienia. Zamawiający nie oszacował wartości poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia oraz nie wziął pod uwagę, iż wynagrodzenie za ich zrealizowanie będzie pochodziło nie tylko od Zamawiającego ale też od podmiotów trzecich, w konsekwencji czego, rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy niewątpliwie zbliżone byłoby do ceny oferty wstępnej Wykonawcy FOLEKO dla Wariantu 1 lub też do przywoływanych w szacunkach Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej lub ujętych w *„Planie rozwoju lokalnego Miasta i Gminy Warka na lata 2014-2020”*. Jednocześnie zwrócenie przez Zamawiającego uwagi na przedmiot zamówienia, który obejmował również zarządzanie składowiskiem, nie może prowadzić do automatycznego założenia, że kwoty uzyskiwane z przyjmowania odpadów od osób trzecich będą stanowiły wynagrodzenie Wykonawcy, a nie będą traktowane jako przychody Zamawiającego, które pośrednio pobiera Wykonawca z racji sprawowania powierzonej przez Zamawiającego funkcji prowadzącego składowisko.

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę.

Izba ustaliła, że stan faktyczny został w toku kontroli ustalony prawidłowo i nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Kwestią sporną była ocena ustalonego stanu faktycznego pod kątem naruszenia przez Zamawiającego art. 32 ust. 1 i 2 i art. 33 ust.1 pkt 2 Pzp , jak również naruszenia przez Zamawiającego art. 10 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym zakresie, Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w Informacji o wynikach kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszone przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli doraźnej należy uznać, iż w przedmiotowej sprawie istniały podstawy do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przywołanych powyżej przepisów.

Izba w pełni podzieliła argumentację Prezesa UZP wyrażoną w szczególności w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli, uznając ją za własną. Z tej przyczyny ograniczy się jedynie do podkreślenia pewnych zasadniczych kwestii.

Po pierwsze, część robót przewidzianych do realizacji przez Zamawiającego o charakterze kluczowym dla celowości i efektywności przedmiotowego zamówienia odpowiadała wprost definicji robót budowlanych w rozumieniu Pzp. Jednocześnie, w celu prawidłowego oszacowania wartości elementów mających charakter robót budowlanych Zamawiający winien to uczynić według zasad określonych w art. 33 Pzp, albowiem ustalenie kwoty stanowiącej wartość przedmiotu zamówienia, powinna być dokonana przy przyjęciu wymagań odpowiednich dla danego rodzaju zamówienia. Warunkuje to bowiem czy udzielenie danego zamówienia ze względu na wartość podlega reżimowi Pzp, czy też nie. Jednocześnie, aby Wykonawca mógł skalkulować cenę oferty konieczne jest wyczerpujące wskazanie zakresu przedmiotu zamówienia. Z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika, że do realizacji przedmiotu zamówienia należało opracować dokumentację zamienna/ aneks do projektu rekultywacji wraz z wnioskiem o zmianę decyzji o pozwolenie na budowę. Z uzyskanych po podpisaniu umowy decyzji wynika, że przebudowa rekultywowanego składowiska podlegała Prawu budowlanemu, sama zaś przebudowa zgodnie z art. 3 ust. 4 Prawa budowlanego mieści się w pojęciu roboty budowlanej. Jednocześnie, biorąc pod uwagę art. 5c ust. 1 Pzp, decyduje przy zamówieniach mieszanych przedmiot główny, zamknięcie i rekultywacja składowiska z którymi wiąże się określone roboty budowlane stanowiła główny przedmiot zamówienia, zaś zarządzanie składowiskiem było elementem

jedynie związanym z celem nadrzędnym i co dodatkowo przemawia za zastosowaniem przepisów odpowiadających szacowaniu zamówień na roboty budowlane.

Po drugie, ustalenie w przedmiotowym postępowaniu wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia na podstawie rozeznania rynkowego, uwzględniającego wyłącznie wstępne ceny ofert wykonawców dla Wariantu II polegającego na aktualizacji dokumentacji przez wykonawców bez określenia ze strony Zamawiającego wymagań, dotyczących sposobu aktualizacji, a także bez wskazania, czy i w jakim okresie wykonawca miałby możliwość odpłatnego przyjmowania odpadów przydatnych do rekultywacji od podmiotów trzecich, a co za tym idzie, że wynagrodzenie wykonawcy może pochodzić od dostawców ww. odpadów pozostaje w sprzeczności z podstawową zasadą szacowania wartości zamówień publicznych określoną w art. 32 ust. 1 Pzp, tj. z zasadą szacowania wartości zamówienia z należytą starannością.

Wykonawcy bowiem de facto w rozeznaniu rynkowym, na podstawie sobie tylko znanych założeń arbitralnie i zupełnie dowolnie szacowali wartość zamówienia dla Wariantu II. Taki sposób szacowania wartości zamówienia doprowadził w konsekwencji do zaniżenia wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów Pzp, co stanowi naruszenie art. 32 ust. 2 Pzp. Był zupełnie niemiarodajny dla docelowego przedmiotu zamówienia.

W rezultacie, w ocenie Izby, jak słusznie, prawidłowo oraz zupełnie zasadnie stwierdził Prezes UZP - rzeczywista wartość zamówienia przekraczała kwotę 30.000 euro, Zamawiający nie był uprawniony do odstąpienia od stosowania przepisów Pzp w oparciu o wyłączenie określone w art. 4 pkt 8 Pzp. Oznacza to zatem, że Zamawiający powinien co do zasady przeprowadzić postępowanie w jednym z trybów podstawowych określonych w art. 10 ust. 1 Pzp, tj. w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego. Zamawiający wobec nieuprawnionego przeprowadzenia postępowania w trybie zapytania ofertowego doprowadził do udzielenia zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, tym samym naruszając dyspozycję art. 7 ust. 3 Pzp. Jednocześnie, przeprowadzenie postępowania w trybie zapytania ofertowego z pominięciem przepisów Pzp w sposób istotny ograniczyło krąg wykonawców mogących zrealizować zamówienie. Zamawiający zwrócił się z zapytaniem jedynie do dwóch wykonawców, z których tylko jeden złożył finalnie ofertę. Zamawiający nawet nie próbował wykazać, że skierował zapytanie do wszystkich znanych mu podmiotów funkcjonujących w branży stanowiącej przedmiot zamówienia. Nie wiadomo jakimi przesłankami kierował się zamawiający przy doborze właśnie tych dwóch wykonawców. W ocenie Izby nieprzeprowadzenie postępowania w reżimie zamówień publicznych w trybie otwartym przetargu nieograniczonego, mogło prowadzić do pominięcia wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, co jest nie dopuszczalne w świetle art. 7 ust. 1 Pzp, ale także w świetle art. 29 ust. 2 Pzp, gdyż wadliwe

ustalenie przedmiotu zamówienia, a w jego konsekwencji błędne wyszacowanie przedmiotu zamówienia doprowadziło do ograniczenia konkurencji.

W rezultacie podjętych działań Zamawiający ustalił wartości zamówienia w sposób nie odpowiadający przedmiotowi zamówienia, opisanemu w dokumentacji postępowania przekazanej wykonawcom, a tym samym niezgodny z przepisami Pzp i skutkujący zaniżeniem wartości zamówienia, co doprowadziło do przeprowadzenia postępowania bez zastosowania przepisów Pzp, co czego bezwzględnie ze względu na rzeczywistą wartość zamówienia, był zobowiązany.

Należy także uznać zasadność twierdzeń Prezesa UZP, że bez względu na przyjęty przez Zamawiającego wariant – kwota szacowanej wartości – 79.000,00 PLN netto znacząco różniła się od planowanych wydatków Zamawiającego. A owa różnica wynikała z tego, że opłaty za przyjmowane odpady od osób trzecich stanowiące element wynagrodzenia Wykonawcy, nie były uwzględniane przy szacowaniu wartości zamówienia.

Rozeznanie rynkowe bowiem dla Wariantu II pozwoliło jedynie na oszacowanie kwoty wynagrodzenia dla wybranego wykonawcy pochodzącego od Zamawiającego bez uwzględnienia przewidywanych kwot, jakie wybrany wykonawca mógłby uzyskać od osób trzecich z racji uprawnienia do pobierania opłat za przyjmowanie odpadów, a które to bezwzględnie należało ująć na etapie szacowania wartości zamówienia.

Brak określenia w treści zapytania ofertowego oraz w dokumentach udostępnionych wykonawcom wraz z zapytaniem ofertowym przed upływem terminu składania ofert, jakichkolwiek wymagań, np. technicznych, ekonomicznych, materiałowych lub funkcjonalnych, dotyczących opracowania przez wykonawcę nowej dokumentacji, a także brak wskazania, że wynagrodzenie (zysk) Wykonawcy związane z realizacją przedmiotowej inwestycji może pochodzić w przeważającej mierze nie od Zamawiającego, tylko od podmiotów trzecich, które będą odpłatnie przekazywać odpady Wykonawcy w celu ich użycia do celów rekultywacji, stanowi w oczywisty sposób niezgodność z przepisami Pzp w zakresie szacowania wartości zamówienia.

Jednocześnie należy podnieść za Prezesem UZP, że Zamawiający nie oszacował wartości poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia oraz nie wziął pod uwagę, iż wynagrodzenie za ich zrealizowanie będzie pochodziło nie tylko od Zamawiającego, ale też od podmiotów trzecich. Nadto, że zarządzanie składowiskiem, nie może prowadzić do automatycznego założenia, że kwoty uzyskiwane z przyjmowania odpadów od osób trzecich będą stanowiły wynagrodzenie Wykonawcy, a nie będą traktowane jako przychody Zamawiającego, które pośrednio pobiera Wykonawca z racji sprawowania powierzonej przez Zamawiającego funkcji prowadzącego składowisko.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....