

Sygn. akt: KIO/KD 23/20

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 1 czerwca 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 4 maja 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Gmina Linia

ul. Turystyczna 15

84-223 Linia

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 kwietnia 2020 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ3/421/14(3)/20/JB KND/14/20/DKZP)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na zadanie pn.: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych w granicach administracyjnych gminy Linia w 2019 roku”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Emil Kuriata
	Luiza Łamejko

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn.: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych w granicach administracyjnych gminy Linia w 2019 roku”. Za pismem (znak UZP/DKZP/WK23/421/14(3)/20/JB KND/14/20/DKZP) z dnia 21 kwietnia 2020 r. została przesłana do zamawiającego: Gminy Linia - Informacja o wyniku ww. kontroli.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, iż w dniu 27 listopada 2018 r. Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku (dalej także: „CBK”) w sprawie zamówienia publicznego w przedmiocie zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych w granicach administracyjnych gminy Linia w 2019 r. po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie zastosowania danej podstawy prawnej trybu udzielenia zamówienia Zamawiający wskazał w protokole postępowania co następuje:

„Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie przez RIPOK w Czarnówku odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z terenu gminy Linia. Odpady będą dostarczane przez wyłonionego w przetargu zorganizowanym przez Gminę Linia przedsiębiorcę, zwanego dalej Dostawcą, posiadającego wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Linia. Gmina przewiduje dostarczać odpady zmieszane w okresie od 01.01.2019 r. do 31.12.2019 r. Dostawca wyłoniony w przetargu nieograniczonym przez zamawiającego zobowiązany jest do transportu odebranych odpadów komunalnych zmieszanych do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych wskazanej w uchwale nr 322/XX/14 Sejmiku Województwa Pomorskiego z dnia 25 czerwca 2012 roku w sprawie przyjęcia „Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego 2022” tj. do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Czarnówku, gmina Nowa Wieś Lęborska, a w przypadku gdy znajdująca się w nim instalacja ulegnie awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn to do instalacji zastępczych. Zgodnie z art. 67

ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy — Prawo zamówień publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli usługa może być świadczona przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Czarnówku zgodnie z Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego jest regionalną instalacją przetwarzania odpadów komunalnych, do którego Gmina Linia zobowiązana jest kierować odpady komunalne zmieszane, zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów. Zapewnienie odpowiedniego strumienia odpadów jest warunkiem prawidłowego funkcjonowania instalacji.”

Pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. (wpływ do Urzędu w dniu 12 kwietnia 2019 r.) Zamawiający przekazał do Urzędu następujące informacje:

„Wybór trybu zamówienia z wolnej ręki w ramach powyższego postępowania wynika z kilku kwestii. Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie przez RIPOK w Czarnówku odpadów komunalnych zmieszanych pochodzących z terenu gminy Linia. Odpady są dostarczane przez wyłonionego w przetargu zorganizowanym przez Gminę Linia przedsiębiorcę, zwanego dalej Dostawcą, posiadającego wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Linia. Dostawca wyłoniony w przetargu nieograniczonym przez Zamawiającego zobowiązany jest do transportu odebranych odpadów komunalnych zmieszanych do regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych wskazanych w uchwale Sejmiku Województwa Pomorskiego w sprawie przyjęcia „Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego 2022” tj. m.in. do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Czarnówku, gmina Nowa Wieś Lęborska a w przypadku gdy znajdująca się w nim instalacja ulegnie awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn to do instalacji zastępczych. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli usługa może być świadczona przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Czarnówku zgodnie z Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego jest najbliższą instalacją, do której Gmina Linia zobowiązana jest kierować odpady komunalne zmieszane, zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów. Zapewnienie odpowiedniego strumienia odpadów jest warunkiem prawidłowego funkcjonowania instalacji. Obowiązek dostarczania odpadów wyłącznie do RIPOK Czarnówka wynika również z potrzeby prawidłowej realizacji obowiązków nałożonych na gminę przez ustawodawcę tak zwaną zasadą bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy z dn. 14 grudnia 2012 r. ustawy o odpadach (Dz.U. z 2018 r. poz. 992): 1. Odpady z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności

poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania. 2. Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. (...) RIPOK Czarnówko znajduje się w odległości ok. 23 km od Gminy Linia natomiast kolejny najbliższy RIPOK wskazany w w/w uchwale sejmiku WP, gdzie transportowane będą odpady w przypadku awarii RIPOK Czarnówko znajduje się w odległości ok. 41 km — RIPOK Eko-Dolina. W związku z tym, w myśl ustawy o odpadach RIPOK Czarnówko jest najbliższą położoną instalacją, do której wyłoniony w przetargu nieograniczonym przedsiębiorca transportuje odpady.[...]”

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, iż uchwałą nr 321/XXX/16 Sejmiku Województwa Pomorskiego z dnia 29 grudnia 2016 roku w sprawie przyjęcia „Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego 2022”, obowiązującą w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, dla regionu właściwego dla Zamawiającego, tj. Regionu Północnego, wskazano 4 duże regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK Szadółki, RIPOK Eko Dolina, RIPOK Czarnówko, RIPOK Chlewnica), które zapewniają mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów komunalnych, zagospodarowanie odpadów zielonych i innych bioodpadów oraz składowanie pozostałości po mechaniczno-biologicznym przetwarzaniu oraz sortowaniu odpadów komunalnych.

Dodatkowo, pismem z dnia 13 lutego 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 13 lutego 2020 r.) Prezes Urzędu otrzymał wyjaśnienia przekazane przez Departament Gospodarki Odpadami Ministerstwa Klimatu, gdzie wskazano m.in. co następuje:

„Jednocześnie należy wyjaśnić, że z dniem 6 września 2019 r. zostały uchylone przepisy dotyczące regionów gospodarki odpadami komunalnymi oraz regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (zmiany wprowadzone ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 1579). Art. 20 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2019 r. poz. 701 z późn. zm.) dotyczy wszystkich odpadów, a nie tylko odpadów komunalnych pochodzących z przetwarzania odpadów komunalnych. Po deregionalizacji nie ma jednak obowiązku przekazywania tych odpadów do instalacji położonych na określonym obszarze, natomiast powinny być spełnione ogólne wymagania związane z zachowaniem zasady bliskości. W przypadku kierowania odpadów do innych miejsc w pierwszej kolejności należy uwzględniać hierarchię sposobów postępowania z odpadami a także zachowanie względów najlepszej dostępnej techniki lub technologii, wynikających z przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. — Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2019 r. poz. 1396 z późn.

zm.). Natomiast użycie liczby mnogiej w wyrażeniu „do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone” wskazuje na możliwość dokonania wyboru takiego miejsca.”

W związku z powyższym, Prezes Urzędu zważył co następuje:

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

a) technicznych o obiektywnym charakterze (...) jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach, odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Przyjmując wykładnię ww. przepisu potwierdzoną w treści pisma Departamentu Gospodarki Odpadami Ministerstwa Klimatu z dnia 13 lutego 2020 r. uznać należy, iż niezasadna jest przyjęta przez Zamawiającego wąska interpretacja zasady bliskości, z której w praktyce wynikałaby możliwość udzielenia zamówienia na zagospodarowanie odpadów wyłącznie temu podmiotowi, przez którego obsługiwana regionalna instalacja przetwarzania odpadów komunalnych znajduje się w odległości najbliższego miejsca powstawania odpadów. Należy zauważyć bowiem, iż tak restrykcyjna wykładnia wyłączałaby jakąkolwiek konkurencję pomiędzy wykonawcami w ramach postępowań na dany przedmiot zamówienia, podczas gdy liczba mnoga użyta w treści art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach daje podstawę do uznania, iż ustawodawca dopuścił możliwość wyboru miejsca, w których odpady mogą być przetworzone, z zastrzeżeniem innych przepisów ustawy o odpadach, w szczególności obowiązujących w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia art. 20 ust. 7 i 8 ustawy o odpadach, tym samym przyjmując istnienie konkurencyjnego rynku w danym zakresie.

Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej odmawia się zasadności wąskiej interpretacji zasady bliskości przyjętej przez Zamawiającego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. KIO 1534/13). Zbliżone stanowisko wyrażono także w uchwale nr XIV/59/2018 Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Bydgoszczy z dnia 20 czerwca 2018 r.

Powyższe uzasadnia uznanie, iż z treści przepisów art. 20 ust. 1 i 2 ustawy o odpadach nie wynika obowiązek udzielenia zamówienia wyłącznie podmiotowi, który obsługuje regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych znajdującą się najbliżej miejsca powstawania odpadów.

Jednocześnie na podstawie przedstawionego przez Zamawiającego w protokole postępowania uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki, jak również na podstawie treści uchwały nr 321/XXX/16 Sejmiku Województwa Pomorskiego z dnia 29 grudnia 2016 roku w sprawie przyjęcia „Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego 2022” ustalono, iż na obszarze regionu gospodarki odpadami komunalnymi właściwego dla Zamawiającego, tj. Regionu Północnego, w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia funkcjonowały co najmniej cztery instalacje przetwarzania odpadów komunalnych, tj. RIPOK Szadółki, RIPOK Eko Dolina, RIPOK Czarnówko, RIPOK Chlewnica, prowadzone przez różne podmioty. W odniesieniu zatem do przedmiotowego zamówienia istniała co najmniej potencjalna konkurencja, co wyłączało możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp (tak: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2018 r., sygn. KIO/KD 18/18).

Prezes Urzędu wskazał, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. c-126/03).

Reasumując, Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem wykonawca Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku, któremu udzielono zamówienia, był jedynym wykonawcą, z którym prowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Zamawiający pismem z dnia 4 maja 2020 r. wniósł zastrzeżenia w zakresie naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli. Zamawiający podniósł, co następuje:

1) Gmina Linia, podnosząc zasadę bliskości, o której mowa w wyjaśnieniach z dn. 9 kwietnia 2019 r. kierowała się również kwestiami ekonomicznymi, czyli wysokością opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi pobieranymi od mieszkańców. Pozostałe RIPOKi znajdują się w dalszej odległości niż RIPOK Czarnówko np. RIPOK Eko-Dolina zlokalizowany jest w odległości ok. 41 km. Dalsza odległość transportu odpadów wpływa na cenę jaką wskazuje wykonawca odbierający i transportujący odpad do RIPOKu wskazanego przez Zamawiającego za poszczególny kod opadu. Wyższa cena wpływa na opłatę pobieraną od mieszkańców na cele związane z pokrywaniem kosztów funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Ponoszenie wyższych kosztów mimo innego tańszego rozwiązania dla mieszkańców zdaniem Zamawiającego narusza przepisy ustawy o finansach publicznych, która wskazuje, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Przy ustalaniu wysokości opłat bierze się pod uwagę całkowitą wartość umowy zawartej z wykonawcą zarówno na odbiór i transport odpadów, jak i ich zagospodarowanie. Ponadto, w wyniku analizy cen za usługę na odzysk i unieszkodliwianie odpadów w poszczególnych RIPOKach stwierdzono, że RIPOK Czarnówko wykazuje najkorzystniejszą pod względem czynnika cenowego ofertę wpływającą na opłatę pobieraną od mieszkańców. Ponadto np. RIPOK Eko-Dolina nie odbiera wszystkich rodzajów odpadów, które są oddawane przez mieszkańców. W załączeniu Zamawiający przedstawił analizę cen za zagospodarowanie odpadów w poszczególnych RIPOKach.

2) Zamawiający zwrócił uwagę, że Gmina Linia jest współnikiem spółki działającej pod firmą Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta błękitna kraina” Sp. z o.o. będącej operatorem RIPOKu. Ponadto, do zadań własnych gminy należy, stosowanie art. 7 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym oraz art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. A ustawy o utrzymaniu czystości, zapewnienie budowy, utrzymania i eksploatacji własnych lub wspólnie z innymi gminami regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów. W tym, celu na mocy umowy wykonawczej z operatorem wewnętrznym z dn. 22 lutego 2018 r. wsparła inwestycję dofinansowaną w ramach Programu Operacyjnego WP na lata 2014-2020, oś priorytetowa II Środowisko, działanie 11.1 Gospodarka odpadami Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego pn. „Rozbudowa kompostowni w RIPOK Czarnówko”. Celem projektu była redukcja składowania odpadów, zwiększenie recyklingu i poprawa jakości powietrza. Inwestowanie w instalację ze środków zewnętrznych przyczyniło się do obniżenia kosztów zagospodarowania odpadów. Przy kalkulacji opłaty uwzględnia się parametry

techniczne funkcjonowania (parametry techniczne i koszty funkcjonowania wybudowanej w ramach projektu i kolejnych projektów są uwzględniane niezwłocznie po oddaniu ich do eksploatacji). Celem gminy jest takie ukształtowanie warunków funkcjonowania systemu gospodarki odpadami, aby mieszkańcy nie ponosili wygórowanych kosztów związanych z przetwarzaniem odpadów. Gmina będąca współlnikiem spółki ma również wpływ na ustalany corocznie cennik za poszczególne kody odpadów oraz sprawuje nadzór nad funkcjonowaniem RIPOKu.

3) W nawiązaniu do pisma Departamentu Gospodarki Odpadami Ministerstwa Klimatu Zamawiający wskazał, że umowa z RIPOK Czarnówko na 2019 r. została zawarta w 27 listopada 2018 r., a zatem przed terminem dokonanych z dniem 6 września 2019 r. zmian związanych z deregionalizacją. Jak zwrócił uwagę Departament, nie ma obowiązku przekazywania tych odpadów do instalacji na określonym obszarze, ale zwracając uwagę, że powinno się brać uwagę zapisy ustawy Prawo ochrony środowiska. Ponadto, przywołana zasada bliskości mówi o zastosowaniu w tej kwestii najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy Prawo ochrony środowiska: I. Najlepsze dostępne techniki powinny spełniać wymagania, przy których określaniu uwzględnia się jednocześnie: 1) rachunek kosztów i korzyści; 2) czas niezbędny do wdrożenia najlepszych dostępnych technik dla danego rodzaju instalacji; 3) zapobieganie zagrożeniom dla środowiska powodowanym przez emisje lub ich ograniczanie do minimum; 4) podjęcie środków zapobiegających poważnym awariom przemysłowym lub zmniejszających do minimum powodowane przez nie zagrożenia dla środowiska. Zamawiający podniósł, że inwestycje realizowane w RIPOK wskazane w pkt. 2 niniejszego pisma w pełni wpisują się w zapis powyższego artykułu. Zdaniem Zamawiającego, RIPOK Czarnówko w pełni zachowuje najlepszą dostępną technikę przy wsparciu gminy. Ponadto, jak wskazano w piśmie Prezesa UZP, ustawodawca dopuścił możliwość wyboru miejsca, a zatem bezzasadnym pod względem technicznym jak i ekonomicznym jest przekazywanie odpadu do RIPOKów innych niż RIPOK Czarnówko, też ze względu na udział gminy jako współlnika spółki. Jak wskazano w załączniku do pisma RIPOK Czarnówko jak i pozostałe RIPOKi) corocznie dokonuje aktualizacji cennika biorąc pod uwagę koszty techniczne funkcjonowania instalacji jak i narzucane opłaty środowiskowe, na które nie mają wpływu. Cennik, obowiązuje na dany rok dla wszystkich gmin, a zatem nie ma monopolu, o którym mowa we wskazanym przez Prezesa UZP wyroku KIO. Jak wynika z załączonych do pisma informacji, RIPOK Czarnówko oferuje najkorzystniejszą cenę na zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Linia. Zdaniem Gminy wystąpiły zatem przesłanki do zastosowania art. 67 ust. 1 lit. a) ustawy Pzp, gdyż nastąpiła okoliczność, iż „dostawy, usługi (. . .) mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, a mianowicie konieczność prawidłowej realizacji

obowiązków nałożonych na gminę przez ustawodawcę tak zwaną zasadą bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach (przed zmianami w 2019 roku)”.

Pismem z dnia 18 maja 2020 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, iż nie uwzględnia zgłoszonych zastrzeżeń od wyniku przedmiotowej kontroli doraźnej. Odnosząc się do argumentacji podanej przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, Prezes Urzędu wskazał, co następuje:

Ad 1) Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki tylko wówczas, kiedy zachodzi jedna z przesłanek wymienionych w ustawie, przy czym przesłanki te powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu. Potwierdza to utrwalona linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2014 r., sygn. KIO/KD 25/14), znajdująca oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. III RN 16 16/01). Zakres przesłanek określonych w przepisie stanowiącym podstawę prawną udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, na którą powołał się Zamawiający w przedmiotowej sprawie, tj. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp obejmuje wyłącznie okoliczność, iż dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Tym samym nie może znaleźć uznania argumentacja Zamawiającego zmierzająca do wykazania korzyści ekonomicznych polegających na uzyskaniu wyższych oszczędności w związku z wyborem konkretnego wykonawcy w trybie z wolnej ręki, gdyż nie stanowi to przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie w ramach określonej podstawy prawnej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyraźnie podkreśla się, że skorzystanie z trybu wyboru wykonawcy z wolnej ręki, w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp jest uzależnione od szczególnego charakteru danego zamówienia — jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Natomiast przedmiotowych przyczyn technicznych nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, społecznymi, ani przekonaniem, że wybrany przez Zamawiającego wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej, najrzetelniej, w stopniu najwyższym odpowiadając nieuzasadnionym wymaganiom Zamawiającego, ani tym czy dany wykonawca dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem organizacyjnym, w szczególności zaś nie może to być monopol spowodowany działaniami czy zaniechaniami dokonanymi przez samego Zamawiającego (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2018 r., sygn. KIO/KD 18/18).

Ponadto, Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego i arbitralnego przesądzenia o tym, który z potencjalnych wykonawców posiada najniższe koszty prowadzenia działalności i mógł zaoferować najniższą cenę wykonania zamówienia, gdyż kwestia ta, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa zamówień publicznych określonymi w szczególności w art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp, rozstrzygana jest co do zasady na drodze konkurencji ofert złożonych w ramach postępowania przetargowego, zaś wyjątki od tej zasady, w tym możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki, uzależnione są od spełnienia przesłanek określonych w ustawie. Należy podkreślić, iż ogólne zasady wydatkowania środków publicznych określone w ustawie o finansach publicznych nie stoją na przeszkodzie realizacji obowiązków Zamawiającego w zakresie prawidłowego wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w ramach ustawy Pzp.

W odniesieniu do stwierdzenia Zamawiającego jakoby RIPOK Eko-Dolina nie odbierał wszystkich rodzajów odpadów, których dotyczyło przedmiotowe zamówienie Prezes Urzędu wskazał, iż zgodnie z ustaleniami kontroli zawartymi w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 kwietnia 2020 r. na obszarze regionu gospodarki odpadami komunalnymi właściwego dla Zamawiającego, tj. Regionu Północnego, w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia funkcjonowały co najmniej cztery instalacje przetwarzania odpadów komunalnych, tj. RIPOK Szadółki, RIPOK Eko Dolina, RIPOK Czarnówko, RIPOK Chlewnica, prowadzone przez różne podmioty, tym samym zakres potencjalnej konkurencji był większy, aniżeli wskazuje Zamawiający. Jednocześnie sam Zamawiający w piśmie z dnia 9 kwietnia 2019 r. (wpływ do Urzędu w dniu 12 kwietnia 2019 r.) w odpowiedzi do pkt 5 pisma Urzędu z dnia 2 kwietnia 2019 r. poinformował, że RIPOK Eko-Dolina jest kolejnym najbliższym RIPOKiem wskazanym w wymienionej uchwale Sejmiku Województwa Pomorskiego, gdzie transportowane będą odpady w przypadku awarii RIPOK Czarnówko. Zamawiający nie wykazał także w protokole postępowania o udzielenie zamówienia ani w toku postępowania wyjaśniającego przed Prezesem Urzędu, że inne funkcjonujące w danym regionie RIPOKi nie spełniają technicznych wymagań dla realizacji przedmiotowej usługi, przy czym ciężar wykazania zaistnienia przesłanek określonych w ww. przepisie ciąży na zamawiającym (tak: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2014 r., sygn. KIO/KD 61/14).

Ad 2) Prezes Urzędu zauważył, że fakt partycypacji Zamawiającego w strukturze właścicielskiej danego wykonawcy oraz uczestnictwo w dotyczących wykonawcy projektach nie stanowi samodzielnej przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w szczególności na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na jakiegokolwiek innej podstawie prawnej określonej w ustawie Pzp, przy jednoczesnej niedopuszczalności uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a)

ustawy Pzp czynnikami innymi niż ściśle rozumiany monopol techniczny. W szczególności dla wykazania spełnienia przesłanki nie jest wystarczające przywołanie czynników wyłącznie ekonomicznych lub organizacyjnych.

Ad 3) Fakt zawarcia przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego przed wprowadzeniem tzw. deregionalizacji nie ma zasadniczego wpływu na interpretację w związku z przedmiotową sprawą treści przepisów art. 20 ust. 1 i 2 ustawy o odpadach, z których wynika tzw. zasada bliskości. Treść ww. przepisów nie uległa bowiem zmianie na skutek nowelizacji ustawy o odpadach (zmiany wprowadzone ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1579). Prezes Urzędu podtrzymał wyrażoną w Informacji tezę, iż niedopuszczalna jest wąska interpretacja zasady bliskości, która z góry wyłączałaby potencjalną konkurencję między wykonawcami w zakresie zagospodarowania odpadów. Ponadto, nie może stanowić uzasadnienia dla wyboru trybu z wolnej ręki lakoniczne uzasadnienie Zamawiającego odnoszące się jedynie do mierzonej w kilometrach odległości między granicami gminy a RIPOKiem lub ogólnie określonych inwestycji poczynionych w danym RIPOK, w szczególności wobec braku porównania do analogicznych inwestycji w innych RIPOKach, które mogły stanowić potencjalną konkurencję. Niezależnie od powyższego Prezes Urzędu podkreślił niedopuszczalność samodzielnego rozstrzygnięcia przez Zamawiającego o cenach, jakie mogliby zaoferować potencjalni wykonawcy w postępowaniu konkurencyjnym.

Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 kwietnia 2020 r., że Zamawiający, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz prymatu trybów przetargowych określone w art. 7 ust. 1 i art. 10 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, w dniu 18 maja 2020 r. zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego od wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Izba uznała, że zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego, Gminę Linia, pismem z dnia 4 maja 2020 r. nie zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP co do zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a oraz art. 7 ust. 1 i art. 10 ustawy Pzp przy udzieleniu zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na zadanie pn.: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych w granicach administracyjnych gminy Linia w 2019 roku”.

Izba stwierdziła, że w zgłoszonych zastrzeżeniach Zamawiający nie kwestionował ustaleń faktycznych dokonanych w toku kontroli. Stan faktyczny w niniejszej sprawie był niesporny i został prawidłowo ustalony w wyniku przeprowadzonej kontroli. Sporna była kwestia, czy usługi będące przedmiotem zamówienia, ze względu na szczególne przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze mogły być wykonane tylko przez jednego wykonawcę, tj. Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku, któremu Zamawiający udzielił zamówienia.

Izba w pełni podzieliła stanowisko, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera przepis art. 67 ust. 1 Pzp. W orzecnictwie Sądu Najwyższego, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreśla się, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta (podobnie wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01 oraz w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03). Jak wskazywał SN „przesłanka prawna jedyne „wykonawcy”, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu”. Z kolei NSA podkreślał, że „przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne

zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych". Nie jest zatem wystarczające wykazanie, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować dane zamówienie w sposób najbardziej efektywny, lecz niezbędne jest wykazanie przez zamawiającego, że w danej sytuacji obiektywnie nie istnieją na rynku w odniesieniu do konkretnego zamówienia alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Przesłanki zastosowania ww. przepisu mogą obejmować wiele różnych stanów faktycznych, w szczególności np. przypadek unikalnej, niepowtarzalnej technologii, którą dysponuje tylko jeden wykonawca. Przepis wskazuje, jakie przyczyny techniczne przesądzają o możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę - muszą to być przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Obok przesłanki dotyczącej przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, przepis nakazuje dodatkowo zbadanie i wykazanie jednoczesnego braku istnienia rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub rozwiązania zastępczego, a także okoliczność, że brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

W ocenie Izby, w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie występuje sytuacja, w której z przyczyn technicznych tylko jeden wykonawca jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych w granicach administracyjnych gminy Linia w 2019 roku”. Izba stwierdziła, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie dają podstawy do uznania, że usługi objęte przedmiotem zamówienia mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, a tym samym, że wypełnione zostały przesłanki uprawniające do udzielenia tego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp.

Rozważając argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w zgłoszonych zastrzeżeniach oraz biorąc pod uwagę treść dokumentacji w przedmiotowej sprawie należy podkreślić, że Zamawiający nie wykazał okoliczności potwierdzających, że wykonanie przedmiotowego zamówienia przez innego wykonawcę nie jest w ogóle możliwe. Jak wynika z dokumentacji postępowania i wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego, Zamawiający,

podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania z wolnej ręki nie kierował się przesłankami obiektywnymi, lecz przekonaniem, że powierzenie wykonania przedmiotu zamówienia wykonawcy Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku pozwoli na korzystniejsze ekonomicznie jego wykonanie. Nie może jednak znaleźć uznania argumentacja Zamawiającego zmierzająca do wykazania korzyści ekonomicznych polegających na uzyskaniu wyższych oszczędności w związku z wyborem konkretnego wykonawcy w trybie z wolnej ręki, gdyż nie stanowi to przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie w ramach wskazanej podstawy prawnej. Skorzystanie z trybu wyboru wykonawcy z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp jest uzależnione od zaistnienia szczególnej przesłanki dotyczącej charakteru przedmiotu zamówienia, tj. szczególnych cech technicznych, które są dostępne wyłącznie jednemu wykonawcy, który jest w stanie wykonać zamówienie. Interpretacja pojęcia „przyczyny techniczne” nie może być rozszerzana na czynniki organizacyjne, ekonomiczne, gospodarcze lub inne dotyczące np. potencjału wykonawcy, który w najwyższym stopniu spełnia oczekiwania zamawiającego. Izba w pełni podzieliła stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu, że również fakt partycypacji Zamawiającego w strukturze właścicielskiej danego wykonawcy oraz uczestnictwo w projektach dotyczących tego wykonawcy nie stanowi samodzielnej przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w szczególności na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że skoro na obszarze regionu gospodarki odpadami komunalnymi właściwego dla Zamawiającego, tj. Regionu Północnego, w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia funkcjonowały co najmniej cztery instalacje przetwarzania odpadów komunalnych, tj. RIPOK Szadółki, RIPOK Eko Dolina, RIPOK Czarnówko, RIPOK Chlewnica, prowadzone przez różne podmioty, to tym samym zakres potencjalnej konkurencji był większy, niż wskazywał w zastrzeżeniach Zamawiający. Jak wynika z treści wyjaśnień Zamawiającego z dnia 9 kwietnia 2019 r. RIPOK Eko-Dolina jest kolejnym najbliższym RIPOKiem, gdzie transportowane będą odpady w przypadku awarii RIPOK Czarnówko. Jednocześnie Zamawiający nie wykazał, że inne funkcjonujące w danym regionie RIPOKi nie spełniają technicznych wymagań dla realizacji przedmiotowej usługi.

Przywołane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach twierdzenia nie są wystarczające do uznania, że w danej sytuacji zaistniały obiektywne przyczyny techniczne, które powodowały, że tylko jeden wykonawca mógł wykonać przedmiot zamówienia. W szczególności dla wykazania spełnienia przesłanki nie jest wystarczające przywołanie czynników wyłącznie ekonomicznych lub organizacyjnych. Dodatkowo należy podkreślić, że Zamawiający nie jest uprawniony bez przeprowadzenia postępowania przetargowego samodzielnie przesądzić o tym, który z potencjalnych wykonawców na danym rynku posiada

najniższe koszty prowadzenia działalności i tym samym może zaoferować najniższą cenę za wykonanie zamówienia. Decyzja Zamawiającego w powyższym zakresie ma charakter arbitralny. Podkreślić należy, że środkiem prowadzącym do prawidłowego stosowania zasad wydatkowania środków publicznych określonych w ustawie o finansach publicznych jest prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy Pzp wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego.

Ponieważ treść przepisów art. 20 ust. 1 i 2 ustawy o odpadach, z których wynika tzw. zasada bliskości nie uległa zmianie w wyniku nowelizacji ustawy o odpadach (zmiany wprowadzone ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1579), zatem fakt podniesiony przez Zamawiającego odnośnie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed wprowadzeniem w ustawie o odpadach tzw. deregionalizacji, nie może mieć zasadniczego wpływu na interpretację ww. przepisów. Wąska interpretacja zasady bliskości jako najmniejszej odległości mierzonej w kilometrach między granicami gminy a RIPOKiem z góry wyłączałaby potencjalną konkurencję między wykonawcami w zakresie zagospodarowania odpadami, co w świetle tych przepisów jest nieuprawnione. Wytyczne w zakresie najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy Prawo ochrony środowiska stanowią czynniki, które Zamawiający powinien uwzględnić określając warunki realizacji zamówienia, nie zwalniają jednak Zamawiającego z przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym w sytuacji, gdyż na rynku jest kilku potencjalnych wykonawców, którzy mogliby zrealizować zamówienie.

Wobec powyższego, należało stwierdzić, że przedstawione w zastrzeżeniach Zamawiającego argumenty nie dają podstaw do przyjęcia, że wykonawca Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku prowadzący RIPOK Czarnówko z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze był jedynym wykonawcą mogącym świadczyć usługę będącą przedmiotem zamówienia.

Reasumując, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 4 maja 2020 r. od wyniku kontroli i stwierdzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku tej kontroli naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a oraz art. 7 ust. 1 i art. 10 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby, przedstawiona przez Zamawiającego w toku postępowania argumentacja nie wyczerpuje przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a ustawy Pzp, co w konsekwencji uzasadnia stwierdzenie naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 10 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....