

Sygn. akt: KIO/KD 20/21

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 11 października 2021 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 20.09.2021 r. (wpływ bezpośredni 22.09.2021 r.)
zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Gmina Różan
Plac Obrońców Różana 4
06-230 Różan

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 07.09.2021 r.
(znak: DKZP.WKZ2.442.28.2021.JC) (KND/33/21/DKZP)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:
w trybie postępowania przetargu nieograniczonego

„Odbieranie i zagospodarowywanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Różance”
(znak postępowania: PIOŚ.271.12.2020)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Monika Szymanowska
	Justyna Tomkowska

wyraża następującą opinię:

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

Uzasadnienie

W odpowiedzi na wniosek z 28.01.2021 r. (wpływ 02.02.2021 r.), po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego wszczętego w dniu 16.02.2021 r., w dniu 12.07.2021 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwany dalej: „Prezesem UZP” (pismo znak: DKZP.WKZ2.445.62.2021.JC) (KND/33/21/DKZP) wszczął kontrolę doraźną postępowania pn.: „*Odbieranie i zagospodarowywanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Różance*” (znak postępowania: *PIOŚ.271.12.2020*) prowadzonego przez Gminę Różan, Plac Obrońców Różana 4, 06-230 Różan zwaną dalej: „Zamawiającym”.

Z ustaleń kontroli doraźnej - pismo z 07.09.2021 r. (informacja o wyniku kontroli doraźnej znak: DKZP.WKZ2.442.28.2021.JC) (KND/33/21/DKZP) - wynikają następujące okoliczności. W toku postępowania wyjaśniającego i kontroli doraźnej ustalono, iż Zamawiający - Gmina Różan prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Odbieranie i zagospodarowywanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Różan*” (ogłoszenie nr 617212-N-2020 zamieszczone w BZP w dniu 27.11.2020 r.). Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia było prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „*ustawy Pzp 2004*” albo „*Pzp*” albo „*ustawy Pzp*”, w trybie przetargu nieograniczonego. Jak wynika z treści notatki z 23.11.2020 r. załączonej do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz protokołu postępowania (druk ZP-PN) wartość niniejszego zamówienia została oszacowana na kwotę 903 748,68 zł (co stanowi równowartość 211 685,45 euro). Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp 2004 w zw. z § 1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450), obowiązek przekazania ogłoszenia o niniejszym zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej istnieje (w stosunku do zamawiających należących do sektora samorządowego) dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej równowartość w złotych polskich kwoty 214.000,00 euro, co zgodnie z § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2019 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2453), wynosi 913.630,20 zł. Do terminu składania ofert, tj. do dnia 07.12.2020 r. do godz. 10.00 wpłynęły 3 oferty, złożone przez następujących wykonawców:

1) PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie (cena oferty - 1 499 690,12 zł, cena za 1 Mg odpadów -1 023,84 zł);

2) Konsorcjum firm: RDF sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce i MPK Pure Home z siedzibą w Ostrołęce, zwany dalej „Konsorcjum” (cena oferty - 1993 717,78 zł, cena za 1 Mg odpadów -1 361,11 zł);

3) Zakład Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej Sp. z o.o. (cena oferty - 1 369 559,94 zł, cena za 1 Mg odpadów - 935,00 zł).

Zamawiający przed otwarciem ofert podał, iż na realizację przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć w budżecie na rok 2021 kwotę w wysokości 2 000 000,00 zł brutto. Zamawiający jako najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu wybrał ofertę Zakładu Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej i w dniu 29.01.2021 r. zawarł z nim umowę. Zamawiający w przesłanych do Urzędu wyjaśnieniach wskazał, że podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia była, zgodnie z przepis art. 34 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp 2004, wartość za odebrane i zagospodarowane odpady z terenu Gminy Różan w okresie od 01.01.2019 do dnia 31.12.2019. Informacja o ilości odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy Różan za rok 2019 została zamieszczona w SIWZ (Rozdział 4. Opis przedmiotu zamówienia, ust. 4.4., pkt 10 -1464,77 Mg). Zgodnie z § 8 ust. 1 wzoru umowy, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za faktycznie odebrane i zagospodarowane odpady na podstawie zaoferowanej ceny za 1 Mg odpadów, zaś cena łączna oferty (obliczona na podstawie przewidywanej ilości odpadów - 1464,77 Mg pomnożonej przez cenę za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów) stanowi szacunkową wartość umowy. Zamawiający przesłał do Urzędu również kopie faktur dokumentujących wysokość środków wypłaconych wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotowych usług w 2019 i 2020 r. Zdaniem Zamawiającego, Wnioskodawca w sposób nieuzasadniony utożsamia pojęcie wartości szacunkowej zamówienia z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby kwota podana przed otwarciem ofert musiała odzwierciedlać ściśle kwotę stanowiącą szacunkową wartość zamówienia. Na prośbę Kontrolującego o wskazanie uzasadnienia faktycznego i prawnego, z powodu którego Zamawiający dokonując ustalenia szacunkowej wartości zamówienia nie uwzględnił wartości prognozowanego na 2021 rok średniorocznego wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych Zamawiający poinformował, że mając na względzie tendencje spadkowe w ilościach odbieranych odpadów oraz cenach rynkowych za usługę, z ostrożności przyjął wartość za poprzednio świadczone usługi, co w naszej ocenie jest zgodne z dyspozycją art. 34 ust. 1 pkt 1 Pzp, ponieważ wartość ta jest o kilka procent wyższa od prognozy. Wpływ na taką decyzję miała znaczna labilność wytwarzanych odpadów i ceny za usługę świadczoną na rzecz Zamawiającego oraz uzyskane w przetargach przez innych Zamawiających, o czym wspominałem już w poprzednich pismach. Zapewne, brak wyraźnego wskazania wzrostu o wymagany wskaźnik, może rodzić wątpliwości czy Zamawiający właściwie oszacował wartość

szacunkową zamówienia, jednak taka sytuacja nie miała miejsca w tym konkretnym przypadku. Zamawiający pismem z 28.04.2021 r. przesłał również zestawienie faktur dotyczących wykonywania przedmiotowych usług w roku 2019 i 2020:

Lp.	Nr dokumentu	Data wystawienia	Wartość faktury netto
1.	0024/01/2019/RSDO	8.02.2019	64939,45 zł
2.	0025/02/2019/RSDO	11.03.2019	64939,45 zł
3.	0036/03/2019/RSDO	8.04.2019	64939,45 zł
4.	0038/04/2019/RSDO	9.05.2019	64939,45 zł
5.	0034/05/2019/RSDO	7.06.2019	64939,45 zł
6.	0033/06/2019/RSDO	9.07.2019	64939,45 zł
7.	0029/07/2019/RSDO	9.08.2019	85685,33 zł
8.	0031/08/2019/RSDO	9.09.2019	85685,33 zł
9.	0029/09/2019/RSDO	9.10.2019	85685,33 zł
10.	0031/10/2019/RSDO	8.11.2019	85685,33 zł
11.	0031/11/2019/RSDO	9.12.2019	85685,33 zł
12.	0031/12/2019/ RSDO	7.01.2019	85685,33 zł

Lp.	Nr dokumentu	Data wystawienia	Wartość faktury netto
1.	FRD2020010037	31.01.2020	71161,65 zł
2.	FRD2020020032	29.02.2020	72482,59 zł
3.	FRD2020030029	31.03.2020	102491,74 zł
4.	FRD2020040026	30.04.2020	101712,72 zł
5.	FRD2020050020	31.05.2020	127081,63 zł
6.	FRD2020060021	30.06.2020	111348,84 zł
7.	FRD2020070021	31.07.2020	125963,91 zł
8.	FRD2020080027	31.08.2020	133517,00 zł
9.	FRD2020090027	30.09.2020	189299,76 zł
10.	FRD202010014	31.10.2020	217324,98 zł
11.	FRD2020110021	30.11.2020	193212,93 zł
12.	FRD2020120041	31.12.2020	160325,01 zł

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp 2004, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Zgodnie z treścią art. 34 ust. 1 ustawy Pzp 2004, podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju:

1) udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo

2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie. Zgodnie z ust. 2 ww. artykułu ustawy, wybór podstawy ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo nie może być dokonany w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, iż w świetle powyższej regulacji Zamawiający posiada wybór co do metody szacowania wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo (z zastrzeżeniem, o którym mowa w ust. 2 ww. artykułu ustawy, iż wybór podstawy ustalenia wartości zamówienia nie może mieć na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy). O ile zatem przyjęty wybór sposobu szacowania wartości zamówienia nie ma wpływu na obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp 2004 (w ogóle lub dotyczących obowiązku prowadzenia postępowania w określonym reżimie, np. postępowań o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne), Zamawiający może dokonać szacowania wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo w sposób określony w pkt 1 bądź w pkt 2. Analogicznie należy również uznać, że w obrębie sposobu, o którym mowa w art. 34 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp 2004 Zamawiający co do zasady również może wybrać jako podstawę szacowania wartości przewidywanego zamówienia wartość zamówień udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym. W świetle powyższego, przyjęcie przez Zamawiającego jako podstawy ustalenia szacunkowej wartości zamówienia wartości usług zrealizowanych w 2019 r. (tj. poprzednim roku budżetowym w stosunku do roku, w którym dokonywano ustalenia szacunkowej wartości zamówienia), przy założeniu, że ilość odpadów do odebrania i zagospodarowania w 2021 nie ulegnie zmianie, było zgodne z dyspozycją art. 34 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp 2004. Nie budzi także wątpliwości, że nie należy w sposób automatyczny utożsamiać kwoty stanowiącej szacunkową wartość zamówienia z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Przepisy ustawy Pzp 2004 nie zawierają szczególnych regulacji w zakresie relacji pomiędzy kwotą stanowiącą szacunkową wartość zamówienia oraz kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym należy przyjąć (co znajduje potwierdzenie również w utrwalonym orzecznictwie w sprawach zamówień publicznych) /np. wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2020 r. (sygn. akt KIO 1401/20), wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2014 r. (KIO 1642/14)/, iż przepisy ustawy nie statuują wymagań w tym zakresie i kwota przeznaczona na realizację zamówienia może być zarówno niższa, jak i wyższa od kwoty stanowiącej szacunkową wartość zamówienia. Kwota podawana przez zamawiającego przed otwarciem ofert stanowi informację na temat posiadanych przez niego środków finansowych i jej upublicznienie ma na celu zabezpieczenie interesów wykonawców poprzez uniemożliwienie zamawiającemu podejmowanie nieuprawnionych działań związanych z unieważnieniem postępowania po uzyskaniu wglądu w ceny złożonych ofert. W praktyce często kwota przeznaczona na

realizację zamówienia ustalana jest na podstawie wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, niemniej jednak należy mieć na uwadze, że nie jest to wymóg ustawowy, a zatem odstępstwa w tym zakresie nie mogą być uznane za sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie zauważył, że jak wynika z dalszej części ww. przepisu, przy dokonywaniu ustalenia szacunkowej wartości zamówienia w jego oparciu należy również wziąć pod uwagę wysokość prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. Powyższe ma na celu umożliwienie ustalenie kwoty stanowiącej szacunkową wartość zamówienia z należytą starannością, biorąc pod uwagę czynnik o charakterze cenotwórczym, który także może mieć wpływ na wysokość cen ofert w postępowaniu (oprócz czynników związanych z przedmiotem zamówienia). Zgodnie z art. 17 projektu ustawy budżetowej na 2021 r. z dnia 30 września 2020 r. / wskaźnik ten wynikał z projektu budżetu, który został we wrześniu opublikowany i wprowadzony do procesu legislacyjnego por. <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=640> [dostęp w dniu 3 września 2021 r.]/, prognozowany średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem wynosił 101,8%. Szacunkowa wartość kontrolowanego zamówienia obliczona przy użyciu metody wybranej przez Zamawiającego z uwzględnieniem tego wskaźnika powinna zatem wynosić 920 016,16 zł, co przekracza kwotę § 1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowy Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450) obliczoną zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2019 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych, czyli 913.630,20 zł. Próg ten zostałby przekroczony również przy przyjęciu do szacowania kwot netto wynagrodzenia wypłaconego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotowych usług za 12 miesięcy poprzedzających miesiąc, w którym dokonano ustalenia szacunkowej wartości zamówienia (tj. październik 2020 - listopad 2019) - w tym przypadku kwota ta wyniosłaby 1 449 383,07 zł netto (339 489,63 euro).

Jak zatem wynika z powyższego, obydwie metody szacowania zamówienia, o których mowa w art. 34 ust. 1 pkt 1), zastosowane prawidłowo, tj. z uwzględnieniem prognozowanego średniorocznego wskaźnika towarów i usług konsumpcyjnych na 2021 r., prowadziły do ustalenia wartości szacunkowej kontrolowanego zamówienia w wysokości przekraczającej tzw. progi unijne. Ponadto należy zwrócić uwagę, że z samego zestawienia kwot faktur za usługi wykonane w ciągu 12 miesięcy poprzedzających czynność szacowania wartości zamówienia wynika, że łączna kwota netto za ten okres (tj. 1423 755,48 zł) przekracza kwotę, o której mowa w § 1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest

uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowej Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450). Biorąc powyższe pod uwagę, brak było w ocenie Kontrolującego podstaw do przyjęcia przez Zamawiającego, że wartość niniejszego zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie sposób zatem podzielić stanowiska Zamawiającego wyrażonego w przesłanych do Urzędu wyjaśnieniach, że pominięcie przez niego wskaźnika inflacji podczas ustalania szacunkowej wartości zamówienia nie stanowiło nieprawidłowości i nie miało istotnego wpływu na wysokość tej kwoty. W szczególności, wobec braku podania przez Zamawiającego konkretnych przykładów w tym zakresie brak jest możliwości odniesienia się do argumentów Zamawiającego o otrzymywanych przez niego „sygnałach” z gmin sąsiednich o niskich cenach ofert w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi odbierania i zagospodarowywania odpadów (pomiędzy 731 zł a 920 zł za 1 Mg odpadów). Dane dotyczące cen ofert w postępowaniach organizowanych przez samego Zamawiającego świadczą natomiast raczej o przeciwnej tendencji (wartość stawki wybranej oferty za 1 Mg odpadów w okresie od 1 września 2020 r. do 31 grudnia 2020 r. wynosiła 1429,46 zł netto, podczas gdy w okresie od stycznia do sierpnia 2020 r. - 841,34 zł netto). Średnia arytmetyczna cen netto ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynosiła natomiast 1 491 310,14 zł netto (349 310,22 euro). Jednocześnie wskazał, iż bezpodstawne niezastosowanie przepisów ustawy Pzp2004 dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia skutkowało niezastosowaniem szeregu przepisów właściwych dla reżimu postępowania o tej wartości, tj. przewidujących obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w publikatorze o szerszym zasięgu (Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) lub dłuższe terminy składania ofert, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp 2004. Reasumując uznał, iż poprzez nieprawidłowe ustalenie szacunkowej wartości zamówienia i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy Pzp 2004 właściwe dla postępowań o wartości niższej aniżeli kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, pomimo braku podstaw do ich zastosowania biorąc pod uwagę rzeczywistą wartość szacunkową zamówienia, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 w zw. 32 ust. 1, art. 34 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp 2004 i § 1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowej Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450). Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp 2004.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia z 20.09.2021 r. /(wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)/ (wpływ bezpośredni 22.09.2021 r.) do wyników kontroli doraźnej, w których podniósł co następuje. Zamawiający stwierdził, że, rozbieżne zdefiniowanie sposobu ustalenia wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia i przeprowadzenia postępowania w oparciu o przepisy właściwe dla postępowań o wartości niższej aniżeli kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Pzp, nie miało faktycznego wpływu na jego wynik. Analiza wcześniejszych postępowań wskazuje, że w organizowanych przez Gminę Różan przetargach z reguły brały udział te same, krajowe a nawet lokalne podmioty. Postępowanie, pomimo „procedury krajowej”, zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z nieregulowanym dostępem podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty. Zatem argument ograniczenia kręgu potencjalnych usługodawców, w tym konkretnym postępowaniu, ma znaczenie bagatelne, a nawet marginalne. Ponadto ocena i wybór oferty została dokonana prawidłowo i z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp właściwych dla ustalonej ułomnie wartości szacunkowej zamówienia. Dlatego, wykazane w informacji naruszenie ma znikomy stopień szkodliwości. Nie doszło do uszczuplenia środków publicznych, a działanie Zamawiającego miało charakter nieumyślny i niezamierzony, co potwierdzają wcześniej złożone pisemne wyjaśnienia, przedstawiające przyjęty sposób oszacowania wartości zamówienia.

Prezes UZP w odpowiedzi z 05.10.2021 r. (znak: DKZP.WKZ2.442.28.2021.JC) (KND/33/21/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 zauważył, że Zamawiający nie kwestionuje ustaleń faktycznych ani ich oceny prawnej zawartych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej. W ocenie Zamawiającego jednakże wykazane naruszenie dotyczące ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, w wyniku którego do przeprowadzenia postępowania zastosowano przepisy ustawy Pzp 2004 właściwe dla postępowań o wartości niższej niż tzw. progi unijne, nie miało faktycznego wpływu na wynik postępowania, ponieważ postępowanie prowadzone było w trybie konkurencyjnym (przetargu nieograniczonego), zaś z dotychczasowego doświadczenia Zamawiającego wynika, że udziałem w postępowaniach na usługi stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia zainteresowane są podmioty krajowe (a nawet lokalne). Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Prezes UZP - naruszenie stwierdzone w wyniku przeprowadzonej kontroli w ocenie Kontrolującego jest bez wątpienia istotne i bynajmniej nie sprowadza się do pojedynczego uchybienia proceduralnego, pozbawionego praktycznego

znaczenia dla wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwnie, ma ono wręcz znaczenie systemowe - skutkiem ustalenia szacunkowej wartości zamówienia w sposób nieprawidłowy (zaniżony) było bowiem niezastosowanie całego szeregu przepisów ustawy Pzp 2004 ustanawiających ramy proceduralne obowiązujące w stosunku do udzielania zamówienia o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne. W szczególności dotyczy to przepisów przewidujących obowiązek zamieszczania ogłoszeń dotyczących tego rodzaju postępowań w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ustanawiających dłuższe terminy składania ofert, dłuższe terminy wnoszenia odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, jak również brak przedmiotowego ograniczenia zakresu czynności, na które przysługuje odwołanie (zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp 2004 odwołanie w postępowaniach o wartości mniejszej aniżeli kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 przysługują wyłącznie wobec czynności wymienionych enumeratywnie w tym przepisie). Powyższe w konsekwencji doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp 2004 (jak również z prawodawstwem unijnym, obowiązującym w stosunku do zamówień publicznych o wartości równej lub przekraczającej tzw. progi unijne).

Prezes UZP nie podzielił argumentu Zamawiającego, że skoro z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego wynikało, że w organizowanych przez niego postępowaniach dotyczących usług zagospodarowywania i odbioru odpadów komunalnych z reguły brały udział te same podmioty i są to podmioty krajowe, to można przyjąć domniemanie, że byłoby tak również w przypadku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Po pierwsze, nie ma żadnej możliwości zweryfikowania trafności tego przypuszczenia - Zamawiający nie jest w stanie udowodnić, że w przypadku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie złożyłyby oferty również inne podmioty, aniżeli te, które zwykle brały udział w organizowanych przez niego postępowaniach na przedmiotowe usługi (zwłaszcza że, jak wynika z informacji dostępnych na stronie internetowej Zamawiającego, postępowania te w kilku poprzednich latach ogłaszane były również w publikatorze krajowym /Np. ogłoszenie o zamówieniu z dnia 20 grudnia 2019 r. opublikowane w BZP pod nr 638273-N-2019, ogłoszenie o zamówieniu z dnia 17 kwietnia 2019 r. opublikowane w BZP pod nr 538866-N-2019, ogłoszenie o zamówieniu z dnia 23.11. 2017 r. opublikowane w BZP pod numerem 621116-N-2017/).

Po drugie, nawet gdyby uznać powyższe twierdzenie za prawdopodobne, nie mogłoby to stanowić powodu do odstąpienia od stwierdzenia naruszenia przepisów (ze względu na jego „nieistotność” lub - jak pisze Zamawiający „znikomą szkodliwość”), ponieważ przepisy ustawy Pzp nie dają Kontrolującemu żadnej podstawy do takiego działania. W przypadku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu większej wartości,

w publikatorze europejskim, kontrolowane postępowanie znalazłoby się automatycznie w zasięgu zainteresowania znacznie większego kręgu podmiotów, aniżeli w przypadku zamieszczenia ogłoszenia w publikatorze krajowym. Hipotetycznie możliwe byłoby zatem złożenie ofert przez inny (większy) krąg wykonawców i obowiązek zapewnienia tej możliwości wynikał w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy z przepisów ustawy Pzp2004 oraz wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych. Uznanie tego rodzaju okoliczności za pozbawione znaczenia dla wyniku postępowania (nieistotne) stałoby w sprzeczności przewidzeniem w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych odmiennych reżimów udzielania zamówień w zależności od wartości zamówienia, jak również z wyodrębnieniem czynności wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej jako czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 289) /art. 17 ust. 1 pkt 2 i 5 tej ustawy/.

Zauważył, że dokonując oceny, czy w danym przypadku stwierdzone naruszenie miało wpływ na wynik postępowania każdorazowo należy wziąć pod uwagę rodzaj naruszenia, etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na którym nastąpiło i okoliczności faktyczne danej sprawy. Bezpośredni wpływ na wynik postępowania mogą mieć przykładowo naruszenia dotyczące oceny złożonych ofert lub oceny w zakresie kwalifikacji podmiotowej wykonawców - nieprawidłowości w tym zakresie mogą bowiem skutkować przyznaniem bądź nie przyznaniem punktów ofertom na podstawie określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert, a tym samym wpływać na ranking ofert oraz na dokonany wybór najkorzystniejszej oferty (lub unieważnienie postępowania). Z kolei w odniesieniu do naruszeń mających miejsce na wcześniejszym etapie postępowania (przed złożeniem i oceną ofert), dotyczących przykładowo czynności szacowania wartości zamówienia lub sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, wpływ tych naruszeń na wynik postępowania nie będzie mógł siłą rzeczy być oceniany przez pryzmat sposobu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty (która następuje dopiero w późniejszym etapie postępowania), tylko przez pryzmat oceny prawidłowości czynności poprzedzających składanie ofert. Wadliwość postępowania na tym etapie, skutkująca nieuzasadnionym w świetle przepisów ustawy ograniczeniem lub wyłączeniem konkurencji, skutkuje wpływem na wynik postępowania niezależnie od oceny prawidłowości późniejszych czynności dokonywanych w tym postępowaniu. Uwzględniając powyższe, podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli z dnia 7 września 2021 r. naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. 32 ust. 1, art. 34 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp 2004 i §1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowej Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450), poprzez nieprawidłowe ustalenie

szacunkowej wartości zamówienia, prowadzące do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp 2004 właściwych dla zamówień o wartości równej lub wyższej aniżeli kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, a w efekcie do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp 2004.

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 610 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej: „NPzp”, 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. 610 ust. 3 NPzp wydać niniejszą uchwałę.

Izba ustaliła, że stan faktyczny został w toku kontroli ustalony prawidłowo i nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Podobnie nie kwestionowano oceny prawnej stwierdzonych naruszeń przez Prezesa UZP w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, tj. naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 3 w zw. z art. 32 ust. 1, art. 34 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawa Pzp 2004, i § 1 ust. 2 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowej Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019, poz. 2450) poprzez nieprawidłowe ustalenie szacunkowej wartości zamówienia, prowadzące do uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp 2004 właściwych dla zamówień o wartości równej lub wyższej aniżeli kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, a w efekcie do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp 2004.

Kwestią sporną była ocena zaistniałego stanu faktycznego, tj. jego wpływu na wynik postępowania, gdyż w ocenie Zamawiającego i tak brałyby udział w ewentualnym postępowaniu prowadzonym w procedurze unijnej, te same podmioty co w procedurze krajowej.

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.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający w swoich zastrzeżeniach przedstawił tylko i wyłącznie własne spekulacje oraz założenia w żaden wymierny sposób nie poparł swoich twierdzeń. Nadto, jedynym miarodajnym sposobem weryfikacji takich tez jakie zostały przedstawione przez Zamawiającego w jego zastrzeżeniach, jest tylko i wyłącznie przeprowadzenie postępowania w procedurze unijnej, a nie krajowej. Należy także zauważyć, że rynek odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych charakteryzuje się dużą konkurencyjnością oraz zmiennością z tych też względów założenia przyjęte przez Zamawiającego abstrahują od istniejących uwarunkowań i świadczą o pozorności oraz subiektywności dokonanej analizy. Zamawiający, w odróżnieniu od Izby, nie ma pełnego obrazu uwarunkowań istniejących na wskazanym powyżej rynku.

Zamawiający swoimi zastrzeżeniami deprecjonuje także rolę właściwego oszacowania wartości zamówienia. Takiemu działaniu z jego strony należy kategorycznie się przeciwstawić gdyż właściwe oszacowanie wartości zamówienia ma istotne znaczenie przy stosowaniu przepisów ustawy, tak obecnie obowiązującej, jak i ustawy Pzp 2004 (czyli zakwalifikowaniu zamówienia jako zakupu powyżej lub poniżej wartości, o której mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp 2004, czy powyżej lub poniżej progów unijnych, jak również przykładowo w przypadku badania rażąco niskiej ceny, ustalania wysokości wadium czy proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu). Z kolei ust. 2 art. 34 ustawy Pzp 2004 wprost zakazuje zaniżania wartości zamówienia oraz wyboru sposobu obliczania wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Nadto, Zamawiający zapomina, że jego sposób oszacowania wartości zamówienia nie uwzględniał wynikającej literalnie z art. 34 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp 2004 wysokości prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, w tym wypadku na 2021 r., czyli był obarczony błędem sam w sobie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 610 ust. 3 i 4 NPzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....