

Sygn. akt: KIO/KD 39/19

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 9 maja 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 kwietnia 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Związek Gmin Regionu Płockiego**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 kwietnia 2019 r.,  
(znak **UZP/DKZP/WKZ3/412/7( )/19/JB** dot. **KND/6/19/DKZP**)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

**odebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Związku Gmin Regionu Płockiego**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Członkowie: Anna Chudzik**

**Przemysław Dzierzędzki**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej również: „Prezes Urzędu”) przeprowadził kontrolę doraźną zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Związku Gmin Regionu Płockiego.

Z protokołu kontroli doraźnej wynika m.in., iż w ramach przedmiotowego zamówienia, Zamawiający prowadził 18 postępowań, z których 11 zakończyło się podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, natomiast 7 postępowań zostało unieważnionych. Zakres przedmiotowy kontroli objął postępowania zakończone podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego w odniesieniu do 11 tj. części I, II, III, IV, V, VII, VIII, IX, X, XI i XII. Wszczęcie tych postępowań poprzez przekazanie zaproszeń do negocjacji, zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, nastąpiło: Część I i II - 22 grudnia 2018 r., Część III - 2 stycznia 2019 r., Część IV - 24 grudnia 2018 r., Części V, VIII, IX, X, XI - 14 grudnia 2018 r., Część VII - 4 stycznia 2019 r., Część XII - 3 stycznia 2019 r. Postępowania zostały przeprowadzone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z pkt 7 protokołu postępowania, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nie zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Urzędowi Publikacji UE zostały natomiast przekazane, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w objętych kontrolą 11 częściach, które następnie zostały opublikowane w DUUE. Zgodnie z pkt 2 ppkt 4 protokołu postępowania, wartość zamówienia została ustalona na kwotę 10 218 297,94 zł, co stanowi równowartość 2 369 900,03 euro. Z tego: Część I - 1 090 527,56 zł, co stanowi równowartość 252 922,87 euro; Część II - 749 732,92 zł, co stanowi równowartość 173 883,37 euro; Część III - 701 751,06 zł, co stanowi równowartość 162 755,08 euro; Część IV - 1 630 999,25 zł, co stanowi równowartość 378 272,90 euro; Część V - 1 100 060,19 zł, co stanowi równowartość 255 133,75 euro; Część VII - 259 030,89 zł, co stanowi równowartość 60 076,28 euro; Część VIII - 1 227 240,77 zł, co stanowi równowartość 284 630,37 euro; Część IX - 1 671 415,08 zł, co stanowi równowartość 387 646,42 euro; Część X - 805 255,44 zł, co stanowi równowartość 186 760,54 euro; Część XI - 350 091,90 zł, co stanowi równowartość 81 195,79 euro; Część XII - 632 191,88 zł, co stanowi równowartość 146 622,42 euro. Zgodnie z pkt 9 i 20 protokołu postępowania (z uwzględnieniem poprawionego protokołu załączonego do pisma Zamawiającego z dnia 5 lutego 2019 r.): Część I - Negocjacje z zaproszonym wykonawcą firmą SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna sp. z o.o. zostały przeprowadzone w dniach 24 i 31 grudnia 2018 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 1 437 777,84 zł netto.

Umowa została zawarta w dniu 31 grudnia 2018 r. Część II - Negocjacje z zaproszonym wykonawcą firmą SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna sp. z o.o. zostały przeprowadzone w dniach 24 i 31 grudnia 2018 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 1 094 444,40 zł netto. Umowa została zawarta w dniu 31 grudnia 2018 r. Część III - Negocjacje z zaproszonym wykonawcą firmą EKO-MAZ sp. z o.o. zostały przeprowadzone w dniu 4 stycznia 2019 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 1 101 851,85 zł netto. Umowa została zawarta w dniu 4 stycznia 2019 r. Część IV - Negocjacje z zaproszonym wykonawcą firmą EKO-MAZ sp. z o.o. zostały przeprowadzone w dniach 24-31 grudnia 2018 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 1 888 888,89 zł netto. Umowa została zawarta w dniu 31 grudnia 2018 r. Część V - Negocjacje z zaproszonym wykonawcą firmą Eneris Surowce S.A. zostały przeprowadzone w dniach 18 i 21 grudnia 2018 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 1 769 666,00 zł netto. Umowa została zawarta w dniu 21 grudnia 2018 r. Część VII - Negocjacje z zaproszonym wykonawcą firmą Tonsmeier Centrum sp. z o.o. zostały przeprowadzone w dniu 4 stycznia 2019 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 444 444,44 zł netto. Umowa została zawarta w dniu 4 stycznia 2019 r. Część VIII - Negocjacje z zaproszonym wykonawcą firmą SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna sp. z o.o. zostały przeprowadzone w dniach 17-31 grudnia 2018 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 2 217 592,59 zł netto. Umowa została zawarta w dniu 31 grudnia 2018 r., aneksowana w dniu 5 lutego 2019 r. Część IX - Negocjacje z zaproszonym wykonawcą firmą SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna sp. z o.o. zostały przeprowadzone w dniach 17-31 grudnia 2018 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 2 768 518,52 zł netto. Umowa została zawarta w dniu 31 grudnia 2018 r., aneksowana w dniu 5 lutego 2019 r. Część X - Negocjacje z zaproszonym wykonawcą firmą SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna sp. z o.o. zostały przeprowadzone w dniach 17-31 grudnia 2018 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 1 250 000,00 zł netto. Umowa została zawarta w dniu 31 grudnia 2018 r., aneksowana w dniu 5 lutego 2019 r. Część XI - Negocjacje z zaproszonym wykonawcą firmą Eneris Surowce S.A. zostały przeprowadzone w dniach 18 i 21 grudnia 2018 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 712 530,00 zł netto. Umowa została zawarta w dniu 21 grudnia 2018 r. Część XII - Negocjacje z zaproszonym wykonawcą firmą Zakład Gospodarki Komunalnej w Wyszogrodzie sp. z o.o. zostały przeprowadzone w dniu 3 stycznia 2019 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 990 000,00 zł netto. Umowa została zawarta w dniu 3 stycznia 2019 r.

W odpowiedzi na wystąpienie Prezesa Urzędu z dnia 16 stycznia 2019 r. m.in. o podanie przesłanek faktycznych udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67

ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 23 stycznia 2019 r. Zamawiający wskazał, iż dnia 7 sierpnia 2018 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Odebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Związku Gmin Regionu Płockiego”, znak Z-KP.271.9.2018. Postępowanie było prowadzone w trybie konkurencyjnym - jako przetarg nieograniczony. Zamawiający wskazał, że dnia 3 października 2018 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z tym, iż ceny ofert złożonych w postępowaniu znacznie przewyższały środki jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w ramach poszczególnych części. Następnie Zamawiający dnia 19 października 2018 r. wszczął kolejne postępowanie dotyczące tego samego przedmiotu zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, w którym oferty złożyli ci sami wykonawcy, podając ceny ofert znacznie przewyższające środki jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Z tych względów w dniu 5 grudnia 2018 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie Części I, II, III, IV, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie w tym dniu Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w ramach Części VI. Wobec zakończenia unieważnieniem ww. dwóch postępowań prowadzonych w trybie konkurencyjnym, tj. nr. Z-KP.271.9.2018 i Z-KP.271.14.2018 oraz zakończenia z dniem 31 grudnia 2018 r. realizacji usługi wywozu odpadów przez dotychczasowych wykonawców, Zamawiający wszczął postępowanie znak Z-KP.271.15.2018. w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp pn. „Odebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Związku Gmin Regionu Płockiego”. Z wyjaśnień Zamawiającego wynikało, iż postępowanie to prowadzone było nie celu udzielenia zamówień docelowych, lecz w celu udzielenia doraźnych zamówień, tj. do momentu wyboru docelowych wykonawców w ramach Części I, II, III, IV, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII. Zamawiający podał, iż doraźność zamówień znalazła odzwierciedlenie w postanowieniach umów zawartych po przeprowadzeniu postępowania Z-KP.271.15.2018. Zamawiający oświadczył, iż w każdej z umów zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowania Z-KP.271.15.2018 zamieścił postanowienia potwierdzające doraźny charakter zamówień: Część I - Bielsk: „Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia 1-go stycznia 2019 r. do czasu niezbędnego do rozstrzygnięcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przy czym, z zastrzeżeniem, iż maksymalny termin obowiązywania niniejszej umowy to dzień 31 grudnia 2019 r., a także zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r., z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie

kontynuowana". Część II - Brudzeń Duży: „Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia 1-go stycznia 2019 r. do czasu niezbędnego do rozstrzygnięcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przy czym, z zastrzeżeniem, iż maksymalny termin obowiązywania niniejszej umowy to dzień 31 grudnia 2019 r., a także zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r., z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie kontynuowana". Część III - Czerwińsk nad Wisłą: „Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia podpisania umowy do czasu niezbędnego do rozstrzygnięcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przy czym, z zastrzeżeniem, iż maksymalny termin obowiązywania niniejszej umowy to dzień 31 grudnia 2019 r., a także zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r., z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie kontynuowana". Część IV - Gąbin: „Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia 1-go stycznia 2019 r. do czasu niezbędnego do rozstrzygnięcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przy czym, z zastrzeżeniem, iż maksymalny termin obowiązywania niniejszej umowy to dzień 31 grudnia 2019 r., a także zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r., z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie kontynuowana". Część V - Gostynin: „Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia 1-go stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r., z tym zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r., z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie kontynuowana. W przypadku, gdy ostateczny wybór Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nastąpi po 31 maja 2019 r. Strony ustalają, że umowa będzie kontynuowana przez minimum 30 dni, od dnia ostatecznego wyboru oferty najkorzystniejszej lub wynegocjowania warunków umowy (w trybie zamówienia z wolnej ręki) lub innym ustalonym przez Strony okresie". Część VII - Pacyna: „Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia podpisania niniejszej umowy do czasu niezbędnego do rozstrzygnięcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przy czym, z zastrzeżeniem, iż maksymalny termin obowiązywania niniejszej umowy to dzień 31 grudnia 2019 r., a także zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres

realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r., z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie kontynuowana". Część VIII - Słupno: „Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia 1-go stycznia 2019 r. do czasu niezbędnego do rozstrzygnięcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przy czym, z zastrzeżeniem, iż maksymalny termin obowiązywania niniejszej umowy to dzień 31 grudnia 2019 r., a także zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r., z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie kontynuowana". Część IX - Stara Biała: „Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia 1-go stycznia 2019 r. do czasu niezbędnego do rozstrzygnięcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przy czym, z zastrzeżeniem, iż maksymalny termin obowiązywania niniejszej umowy to dzień 31 grudnia 2019 r., a także zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r., z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie kontynuowana". Część X - Staroźreby: „Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia 1-go stycznia 2019 r. do czasu niezbędnego do rozstrzygnięcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przy czym, z zastrzeżeniem, iż maksymalny termin obowiązywania niniejszej umowy to dzień 31 grudnia 2019 r., a także zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r., z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie kontynuowana". Część XI - Szczawin Kościelny: „Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia 1-go stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r., z tym zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r., z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie kontynuowana. W przypadku, gdy ostateczny wybór Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nastąpi po 31 maja 2019 r. Strony ustalają, że umowa będzie kontynuowana przez minimum 30 dni, od dnia ostatecznego wyboru oferty najkorzystniejszej lub wynegocjowania warunków umowy (w trybie zamówienia z wolnej ręki) lub innym ustalonym przez Strony okresie". Część XII - Wyszogród: „Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia podpisania umowy do dnia 31 grudnia 2019 r., z tym zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r.,

z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie kontynuowana”. Zamawiający wskazał również, iż choć w umowach dotyczących części V - Gostynin, części XI - Szczawin Kościelny oraz części XII - Wyszogród nie wskazano wprost, że umowy te zostały zawarte do momentu rozstrzygnięcia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, to w każdej z tych umów - analogicznie jak w przypadku umów na inne części, gdzie wprost odwołano się do rozstrzygnięcia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego - przewidziano możliwość ich zakończenia z dniem 30 czerwca 2019 r. Zamawiający przewiduje, że do dnia 30 czerwca 2019 r. wyłoni w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wykonawców, którzy przejmą realizację usług od wykonawców wybranych w ramach postępowania Z-KP.271.15.2018. Zamawiający wyjaśnił, że istnienie różnych postanowień umownych wynika z faktu, że postanowienia poszczególnych umów były poddane odrębnym negocjacom z każdym z wykonawców. Zamawiający zwrócił także uwagę, iż dorażność zamówień znalazła odzwierciedlenie w opublikowanych przez Zamawiającego na jego stronie internetowej ogłoszeniach o udzieleniu zamówienia. W sekcji VI: informacje uzupełniające, VI.3 ogłoszeń Zamawiający zawarł następujące informacje: Postępowanie prowadzone jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. [...] W związku z faktem, że Zamawiający jest zobowiązany zapewnić ciągłość w odbiorze odpadów komunalnych na terenie gmin - członków ZGRP, a ze względu na unieważnienie prowadzonych postępowań i niemożność zachowania terminów przy przeprowadzeniu kolejnego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego oraz z uwagi na obowiązek zapewnienia odpowiedniej sytuacji sanitarnej na terenie gmin, Zamawiający zawarł umowę na świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych [...], zapewniając tym samym ciągłość [...] do czasu rozstrzygnięcia kolejnego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

W wyniku kontroli dorażnej, przeprowadzonej po otrzymaniu pisma z dnia 4 stycznia 2019 r. od Wnioskodawcy, Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. 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;
- 2) art. 67 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowań w trybie z wolnej ręki.

Prezes Urzędu zauważył, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu 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 odstępianie 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). Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli [...]: 3) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Pomiędzy wszystkimi wskazanymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo - skutkowy oraz związek czasowy.

Odnosząc się do uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki, przedstawionego przez Zamawiającego, Prezes Urzędu uznał, iż nie zostało wykazane przez Zamawiającego aby wystąpiło spełnienie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu stwierdził, iż w orzecznictwie podkreśla się, iż zdarzeniami, których nie można było wcześniej przewidzieć są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powódzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. KIO/KD 39/15). Wskazuje się także, iż cechą wyjątkowości należy przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych i niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 stycznia 2015 r., sygn. KIO/KD 115/14). W ocenie Prezesa Urzędu charakteru doraźnego nie ma sytuacja, w której Zamawiający udziela zamówienia w trybie z wolnej ręki w związku z unieważnieniem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na skutek



przewyższania przez cenę najkorzystniejszej oferty kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jeśli zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający musi bowiem liczyć się z możliwością wystąpienia zdarzeń warunkujących konieczność unieważnienia postępowania, w szczególności w związku z przewyższaniem przez cenę najkorzystniejszej oferty kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co oznacza, iż co do zasady nie można potraktować ich jako zdarzeń stanowiących podstawę do udzielenia zamówienia w analogicznym przedmiocie w trybie z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2019 roku, sygn. KIO/KD 3/19: Z treści art. 93 ust. 1 Pzp wynika jednoznacznie, że postępowanie o udzielenie zamówienia może zakończyć się także jego unieważnieniem. W związku z tym argumentacja zamawiającego, że nie mógł on przewidzieć unieważnienia postępowania nie mogła zasługiwać na uwzględnienie.

Prezes Urzędu zaznaczył, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia na czas do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym i wyboru wykonawcy zamówienia (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. KIO 1415/17). Wyjątek ten nie może mieć jednak zastosowania w odniesieniu do postępowań będących przedmiotem kontroli, ze względu na fakt, iż Zamawiający zawarł umowy maksymalnie na okres około jednego roku, co nie może zostać uznane za okres krótki i niezbędny jedynie do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym, szczególnie w kontekście faktu, iż przepisy właściwe dla trybów podstawowych przewidują możliwość wyznaczenia krótszych terminów składania ofert, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, co, zdaniem Prezesa Urzędu, znajdowałoby swoje uzasadnienie w przedmiotowej sytuacji. Fakt przeprowadzenia przez Zamawiającego uprzednio dwóch postępowań w trybie przetargu nieograniczonego na analogiczny przedmiot zamówienia, pozwala na przyjęcie, iż Zamawiający dysponuje przynajmniej częściowo dokumentacją niezbędną dla wszczęcia kolejnego postępowania w zbliżonym zakresie przedmiotowym, a tym samym tak długi okres przewidziany na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym nie znajduje uzasadnienia. Powyższej oceny nie zmienia fakt wskazania przez Zamawiającego, iż umowy w zakresie Części I, II, III, IV, VII, VIII, IX i X będą wykonywane w sposób ciągły i nieprzerwany do czasu niezbędnego do rozstrzygnięcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, gdyż postanowienie tego

rodzaju w praktyce pozwala Zamawiającemu na w zasadzie arbitralne przedłużanie postępowania w trybie przetargowym aż do upływu maksymalnego okresu trwania umowy zawartej po postępowaniu w trybie z wolnej ręki, co może budzić uzasadnione wątpliwości z perspektywy zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Prezes Urzędu podkreślił, iż „czas niezbędny do rozstrzygnięcia postępowania” stanowi pojęcie niedookreślone, dające pole do zróżnicowanej interpretacji zarówno po stronie Zamawiającego jak i wykonawców, co nie może zostać uznane za czyniące zadość wymogom stosowanym przy udzieleniu zamówienia doraźnie na krótki okres. Nadto Prezes Urzędu zauważył, iż na dzień 11 marca 2019 r., Zamawiający nie opublikował na swojej stronie internetowej, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ani w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu w analogicznym przedmiocie, mimo iż unieważnienie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie Części I-XII z wyjątkiem Części VI nastąpiło 5 grudnia 2018 r., tj. ponad 3 miesiące wcześniej. Biorąc pod uwagę nawet minimalny okres trwania przedmiotowych umów określony na około pół roku, należy uznać go za niezasadnie długi w kontekście przedstawionych uprzednio argumentów dotyczących możliwości zastosowania skróconego terminu składania ofert w postępowaniu w trybie podstawowym oraz dysponowania przez Zamawiającego przynajmniej częściowo niezbędną dokumentacją dla przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym. Zgodnie ze Sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r., przeciętny czas trwania postępowania o wartości powyżej progów UE w trybie przetargu nieograniczonego w roku 2017 wyniósł 93 dni, w tym w zakresie zamówień na usługi - 86 dni. Tym samym, okres trwania umowy zawartej po postępowaniu w trybie z wolnej ręki wynoszący minimalnie około pół roku przekracza te wartości mniej więcej dwukrotnie. Zamawiający nie uzasadnił w dostateczny sposób konieczności przewidzenia tak długiego okresu na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym.

W odniesieniu do stwierdzonego naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 2 ustawy Pzp Prezes Urzędu podał m.in., iż pismem z dnia 16 stycznia 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego m.in. o wyjaśnienie, czy Zamawiający zawiadomił Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowań o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp oraz o przekazanie kopii zawiadomienia (zawiadomień) wraz z potwierdzeniem nadania. W odpowiedzi Zamawiający poinformował, iż w związku z wszczęciem postępowania Z-KP.271.15.2018 na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp zastosował się do dyspozycji art. 67 ust. 3

pkt 2 Pzp, gdzie wyłączono zastosowanie art. 67 ust. 2 Pzp i w konsekwencji nie zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Prezes Urzędu zważył, iż zgodnie z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Stosownie zaś do treści art. 67 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, przepisu ust. 2 nie stosuje się w przypadku zamówień udzielanych na podstawie ust. 1: 2) pkt 3 w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach. Na Zamawiającym ciążył zatem obowiązek zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowań w związku z faktem przekraczania przez wartość zamówienia kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W związku z tym za niezasadne należy uznać powołanie się przez Zamawiającego na przepis art. 67 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy wyłączenia zastosowania regulacji art. 67 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do przedmiotowych postępowań. Przepis ten uzależnia bowiem możliwość odstąpienia od zawiadomienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania od zaistnienia sytuacji, w której zamówienie w trybie z wolnej ręki udzielane jest w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach. Hipoteza przepisu obejmuje znacznie węższy zakres sytuacji aniżeli przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zaś jego wykładnia wskazuje, iż może on znaleźć zastosowanie tylko w enumeratywnie wymienionych przypadkach, ponadto ze względu na jego wyjątkowy charakter nie może on być interpretowany rozszerzająco. W związku z niemożnością uznania konieczności unieważnienia przetargu nieograniczonego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp za wyjątkową sytuację, której Zamawiający nie mógł przewidzieć, tym bardziej sytuacja taka nie może być uznana za zdarzenie losowe wywołane przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, zgodnie z treścią art. 67 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2019r. Zamawiający zgłosił do Prezesa Urzędu umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej (dalej: „Zastrzeżenia”), podając na wstępie, że w dniu 12 kwietnia 2019r. przekazał do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej ogłoszenia o 11 zamówieniach, których przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie poszczególnych gmin zrzeszonych z Związku Gmin Regionu Płockiego. Tym samym w momencie składania zastrzeżeń rozpoczęła już procedurę wszczęcia 11 odrębnych postępowań docelowych, w ramach których wyłoni wykonawców usług odbioru i zagospodarowania odpadów, którzy zastąpią wykonawców zamówień doraźnych wyłonionych w następstwie przeprowadzenia postępowania Z-KP.271.15.2018.

Odnosząc się do wyniku kontroli doraźnej Zamawiający wskazał m.in., że w sytuacji, w której się znalazł nie miał innego wyjścia, jak tylko udzielić zamówień w trybie z wolnej ręki, a za najbardziej krzywdzące uznaje to, że Kontrolujący poza zakwestionowaniem dopuszczalności przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówień na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie wskazał jakiegokolwiek prawidłowego i właściwego, w zaistniałych okolicznościach, sposobu udzielenia zamówień, tak aby Zamawiający mógł zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz ustawy o utrzymaniu czystości w gminach po dniu 31 grudnia 2018 r. zapewnić ciągłość gospodarki odpadami na terenie gmin zrzeszonych w związku. Ponadto krzywdzące jest oparcie wyniku kontroli doraźnej na ustaleniach umniejszających znaczenie szeregu okoliczności towarzyszących wszczęciu i prowadzeniu postępowania Z-KP.271.15.2018 oraz na skrajnie niekorzystnej interpretacji postanowień umów zawartych w następstwie przeprowadzenia tego postępowania, gdzie niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy przypisano Zamawiającemu intencję zapewnienia sobie możliwości arbitralnego przedłużania postępowania przetargowego aż do upływu maksymalnego okresu trwania umów zawartych w trybie z wolnej ręki.

Zamawiający podniósł, że w jego ocenie przy prowadzeniu kontroli doraźnej nie uwzględniono w dostatecznym stopniu znaczenia niektórych okoliczności towarzyszących podjęciu decyzji o przeprowadzeniu postępowania Z-KP.271.15.2018 w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, takich jak: prowadzenie wcześniej dwóch postępowań o udzielenie zamówienia na ten sam przedmiot w trybie konkurencyjnym, niemożność wyłonienia w tych postępowaniach wykonawców mimo dokonania modyfikacji przedmiotu zamówienia oraz skrócenia okresu trwania usługi, konieczność zapewnienia ciągłości usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych po dniu 31.12.2018 r. oraz związane z tym ryzyko powstania zagrożenia sanitarnego dla mieszkańców, charakter zamówień na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych uniemożliwiający udzielenie zamówień krótkookresowych, o wartości poniżej 30 000 euro, bez stosowania przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż pierwsze ze postępowań (Z-KP.271.9.2018) zostało wszczęte na około 5 miesięcy (7.08.2018 r.) przed terminem zakończenia dotychczasowych umów o zamówienie w zakresie usług na odbiór i zagospodarowanie odpadów, co jego zdaniem wskazuje na dochowanie przez niego staranności przy wyborze terminu wszczęcia postępowania na wybór wykonawców usług, tak by zapewnić ciągłość ich świadczenia po dniu 31.12.2018 r. Wynik tego postępowania, tj. unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z okolicznością, że ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu znacznie przewyższały środki jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia w ramach poszczególnych części, zaskoczył Zamawiającego. W związku z tym dokonano zmodyfikowania opisu przedmiotu zamówienia oraz w krótkim terminie wszczęto kolejne postępowanie Z-KP.271.14.2018 (unieważnienie postępowania Z-KP.271.9.2018 nastąpiło dnia 3.10.2018 r., zaś wszczęcie postępowania Z-KP.271.14.2018 nastąpiło dnia 19.10.2018 r.). Modyfikacja przedmiotu zamówienia między postępowaniami Z-KP.271.9.2018 i Z-KP.271.14.2018 polegała na podzieleniu zamówienia na więcej części (12 części zamiast 5 części) oraz skróceniu okres trwania umów (12 miesięcy zamiast 24 miesięcy). Celem zabiegów Zamawiającego było uzyskanie ofert z cenami na odpowiednim poziomie, tak by możliwe było zawarcie umów o zamówienie i zapewnienie ciągłości świadczenia usług w ramach środków finansowych jakimi dysponował. Z uwagi na to, że w postępowaniu Z-KP.271.14.2018, z wyjątkiem części VI, nie doszło do wyłonienia wykonawców usług, w związku z tym, iż ceny wszystkich ofert złożonych w częściach I, II, III, IV, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII przekraczały środki jakie zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, Zamawiający w dniu 5.12.2018 r., unieważnił postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego znaczenie okoliczność, że przeprowadził wcześniej dwa postępowania w trybie konkurencyjnym oraz podjął w międzyczasie starania, by zmodyfikować przedmiot zamówienia, tak by zwiększyć szanse uzyskania ofert o pułapie cenowym mieszczącym się w jego granicach finansowych, została zbagatelizowana przez Kontrolującego. W szczególności Kontrolujący nie dostrzegł wyjątkowości sytuacji prowadzenia przez Zamawiającego w przeszłości dwóch postępowań w trybie konkurencyjnym oraz wyjątkowości sytuacji, że w tych postępowaniach ceny wszystkich złożonych ofert, a nie tylko ofert najkorzystniejszych, przewyższały wartość środków jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówień w ramach poszczególnych części. Nie należy również pomijać, że w związku z unieważnieniem ww. postępowań od dnia 5.12.2018 r. powstało realne ryzyko, że począwszy od dnia 1.01.2019 r. - w przypadku gmin Bielsk, Brudzeń Duży, Czerwińska nad Wisłą, Gąbin, Gostynin, Pacyna, Słupno, Stara Biała, Staroźreby, Szczawin Kościelny oraz

Wyszogród, zamieszkałych łącznie przez około 89 400 mieszkańców (wg danych Głównego Urzędu Statystycznego za 2017 r.) usługi odbierania i zagospodarowywania odpadów komunalnych nie będą w ogóle wykonywane. Niezapewnienie przez Zamawiającego w terminie od dnia 5.12.2018 r. do dnia 31.12.2018 r. podmiotów odpowiedzialnych za odbieranie odpadów w ww. gminach, skutkowałoby powstaniem zagrożenia sanitarnego, szczególnie niebezpiecznego dla mieszkańców. W związku z brakiem odbioru odpadów komunalnych od dnia 1.01.2019 r. na terenie gmin wytworzyłaby się sytuacja, że odpady zalegałyby w domach lub na posesjach, najprawdopodobniej poza przewidzianymi do tego pojemnikami, w żaden sposób niezabezpieczone. Zalegające śmieci, poza wydzielaniem uciążliwego dla mieszkańców zapachu, mogłyby zanieczyszczać powietrze w związku z rozkładaniem się substancji organicznych oraz stanowić źródło bakterii oraz źródło pożywienia dla gryzoni, których nadmierna populacja mogłaby przyczynić się do powstania zagrożenia epidemiologicznego dla mieszkańców gmin. W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, nieprzeprowadzenie postępowania Z-KP.271.15.2018 w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz w konsekwencji nieudzielenie zamówień na świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od dnia 1.01.2019 r. wywołałoby negatywne skutki dla interesu publicznego, których doniosłość znacznie przewyższałaby ewentualne korzyści związane z ochroną wartości, w tym konkurencji rynkowej, które zostały ewentualnie przez Zamawiającego naruszone w związku z udzieleniem zamówień w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Na skutek przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania Z-KP.271.15.2018 doszło do zabezpieczenia interesu mieszkańców ww. gmin poprzez wyeliminowanie ryzyka powstania opisanych wyżej zagrożeń poprzez zapewnienie po dniu 31.12.2018 r. ciągłości usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Dzięki przeprowadzeniu tego postępowania Zamawiający zdołał wyłonić wykonawców usług odbioru i zagospodarowania odpadów w taki sposób, że usługi mogły zostać sfinansowane w ramach ograniczonych środków pozostających w dyspozycji Zamawiającego.

W odniesieniu do kwestii ewentualnego naruszenia konkurencji Zamawiający wskazał, że nie można pomijać, że postępowanie Z-KP.271.15.2018 prowadzono rzetelnie, a do udziału w nim zaproszono podmioty, które brały udział w poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach w trybie konkurencyjnym, tj. SUEZ Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o., EKO-MAZ Sp. z o.o., Eneris Surowce S.A., Tonsmeier Centrum S.A, Zakład Gospodarki Komunalnej w Wyszogrodzie Sp. z o.o. Ponadto Zamawiający przy wyborze podmiotów z którymi prowadził negocjacje- nie pominął wykonawcy Remondis Sp. z o.o. (wnioskodawcy wszczęcia kontroli), Oddział w Płocku oraz nawiązał w nim kontakt w celu zaproszenia go do

negocjacji. Brak udziału tego podmiotu w negocjacjach był skutkiem okoliczności leżących po jego stronie. Przedmiotowych zamówień udzielono jedynie doraźnie na okres niezbędny dla Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym, co znalazło wyraz w treści zawartych umów. Zatem mimo przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania w trybie z wolnej ręki ograniczenie konkurencji na rynku wykonawców świadczących usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terytorium gmin zrzeszonych w Związku Gmin Regionu Płockiego nie miało miejsca. Nie można także pomijać znaczenia charakteru udzielonych w ramach postępowania Z-KP.271.15.2018 zamówień na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, tj. usługi, których realizację Zamawiający zobowiązany jest zapewnić w związku z wykonywaniem zadań o charakterze użyteczności publicznej oraz w związku z wynikającymi dla niego obowiązkami z przepisów ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zamawiający na mocy art. 6d ust 1 ww. ustawy zobowiązany jest udzielić zamówienia publicznego na przedmiotowe usługi, a naruszenie tego obowiązku może się wiązać z karą pieniężną (art. 9z ust. 4 ustawy). Usługi te mają taki charakter, że w świetle zasad udzielania zamówień publicznych nie byłoby możliwe ich podzielenie np. na okresy miesięczne i udzielenie bez stosowania przepisów jako zamówień o wartości nieprzekraczającej próg 30 000 euro. W związku z powyższym oraz w związku z fiaskiem postępowań prowadzonych w trybie konkurencyjnym Zamawiający nie mógł w krótkim okresie od dnia 5.12.2018 r. do dnia 31.12.2018 r. zapewnić ciągłości świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych po dniu 31.12.2018 r. oraz wyeliminować ryzyka powstania zagrożenia sanitarnego dla mieszkańców zrzeszonych gmin w inny sposób, niż poprzez przeprowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Następnie Zamawiający wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego na usługi związane z odbiorem odpadów na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp jest dopuszczalne w przypadku konieczności uniknięcia zagrożenia epidemiologicznego oraz kiedy wcześniej prowadzono postępowania w trybie konkurencyjnym, w których nie udało się wyłonić wykonawców, przywołując: wyrok KIO 1415/17 z dnia 24.07.2017 r.: *Odpady winny być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzać zagrożeń epidemiologicznych. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej umowy, jest stosowane, przyjęte w praktyce i nie budzi zastrzeżeń w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wręcz jest wskazywane jako sposób rozwiązania problemu, przy zamówieniach zwłaszcza na usługi,*

*których ciągłość świadczenia nie może zostać przerwana* oraz wyrok KIO 138/18 z dnia 6.02.2018 r.: *Wyjątkowość sytuacji przejawia się w tym, iż koniecznym było udzielenie zamówienia a prowadzone przez Zamawiającego procedury konkurencyjne (dwa postępowania) nie pozwoliły na wyłonienie wykonawcy w odpowiednim terminie, tj. do końca grudnia 2017 r. [...] Unieważnienie postępowania stanowi wyjątkową sytuację, a żaden zamawiający nie wszczynąłby postępowania gdyby przewidywał, iż może ono zostać unieważnione.* Zamawiający stwierdził, iż po bezskutecznym przeprowadzeniu w trybie konkurencyjnym postępowań Z-KP.271.9.2018 i Z-KP.271.14.2018 znalazł się w sytuacji tożsamej jak w ww. wyrokach i zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp było w jego ocenie jedynym, zgodnym z prawem sposobem zapewnienia ciągłości świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów po dniu 31.12.2018 r. oraz uniknięcia zagrożenia sanitarnego. Zdaniem Zamawiającego zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp było zasadne przy uwzględnieniu: specyfiki udzielania zamówień na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych oraz niespodziewanego wzrostu cen tych usług w stosunku do postępowań prowadzonych w poprzednich latach na tożsamy przedmiot zamówienia w takim stopniu, że uniemożliwione było rozstrzygnięcie postępowań prowadzonych w trybie konkurencyjnym przez Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający wyraził opinię, iż wynik kontroli doraźnej oparto na skrajnie niekorzystnej dla niego interpretacji postanowień umownych, które dotyczyły doraźności umów o zamówienie na usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowania Z-KP.271.15.2018, która odnosi się wyłącznie do maksymalnego okresu trwania umowy (dnia 31.12.2019 r.) oraz opiera się na nieuzasadnionym założeniu, że umowy faktycznie realizowane będą przez okres 1 roku, podczas gdy z postanowień umów wynika jednocześnie, że umowy będą domyślnie realizowane nie dłużej niż do momentu rozstrzygnięcia postępowań docelowych w trybie przetargu nieograniczonego, a nie do dnia 31.12.2019 r. Postanowieniom tym nadano taki kształt, że ich realizacja do dnia 31.12.2019 r. ma wyłącznie wyjątkowy charakter, a realizacja do dnia 30.06.2019 r. ma charakter podstawowy. Jednocześnie w postanowieniach zastrzeżono, że minimalnie umowy trwały będą do dnia 30.06.2019 r., przy czym zastrzeżono również, że decyzje co do trwania umów po dniu 30.06.2019 r. zostaną podjęte do dnia 31.05.2019 r. Takie sformułowanie przedmiotowych postanowień odzwierciedla sposób w jaki Zamawiający zamierzał prowadzić postępowania o udzielenie zamówień docelowych, tj. dokonać ich rozstrzygnięcia i zawarcia umów przed dniem 31.05.2019 r. oraz rozpocząć ich faktyczną realizację od dnia 30.06.2019 r. Zamawiający wskazał, że zastrzeżenie minimalnego terminu realizacji umów doraźnych do dnia



30.06.2019 r., maksymalnego terminu realizacji umów doraźnych do dnia 31.12.2019 r. oraz daty 31.05.2019 r. na podjęcie decyzji co do realizacji umów po dniu 30.06.2019 r. podyktowane było:

1) Negatywnym doświadczeniem Zamawiającego związanym z prowadzeniem postępowań Z-KP.271.9.2018 i Z-KP.271.14.2018 oraz miało na celu zabezpieczenie interesu Zamawiającego oraz interesu mieszkańców gmin zrzeszonych w Związku Gmin Regionu Płockiego na wypadek niepowodzenia postępowania o udzielenie zamówień docelowych. Przyjęty w umowach zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowania Z-KP.271.15.2018 maksymalny termin ich realizacji miał na celu zagwarantowanie Zamawiającemu ciągłość w realizowaniu usług związanych z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych, na wypadek gdyby w terminie do dnia 30.06.2019 r. Zamawiającemu nie udało się rozstrzygnąć postępowań prowadzonych w trybie konkurencyjnym. Dotychczasowe doświadczenie podpowiadało Zamawiającemu, iż istnieje wysokie ryzyko związane z brakiem możliwości wyłonienia wykonawców do realizacji rzeczonych usług w pierwszym podejściu. Zamawiający wskazał również, iż w przy wyznaczaniu minimalnego i maksymalnego okresu trwania umów zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowania Z-KP.271.15.2018 miał na względzie, że w poprzednich latach potrzebował średnio 114 dni na rozstrzygnięcie postępowania (tj. na wybór najkorzystniejszej oferty), pod którym to pojęciem należy rozumieć sumę dni, w jakich prowadzone były postępowania na ten sam przedmiot zamówienia. Ponadto Zamawiający uwzględnił przy wyznaczaniu minimalnego i maksymalnego okresu trwania umów dodatkowy czas konieczny na podpisanie umów z wyłoniętymi wykonawcami tj. minimum 20 dni. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż przyjęta w wynegocjowanych umowach data 31.05.2019 r. jest datą wyliczoną na podstawie powyższych wskaźników i ww. datę przyjął jako termin niezbędny do przeprowadzenia postępowań na zamówienia docelowe. Ponadto termin minimalny realizacji zamówień do dnia 30.06.2019 r. wynika z faktu, iż do obowiązków wykonawców umów docelowych - przed rozpoczęciem zbiórki odpadów komunalnych na terenie gmin - należało będzie wyposażenie właścicieli nieruchomości w pojemniki, worki oraz harmonogramy odbioru odpadów komunalnych. Na wykonanie tych czynności przez wykonawców usług dodatkowych założono termin 30- dniowy.

W związku z powyższym Zamawiający, przy wyznaczaniu minimalnego i maksymalnego okresu trwania umów oraz określaniu daty na podjęcie decyzji po terminie minimalnego trwania umów, założył, że łącznie czas niezbędny na rozstrzygnięcie postępowań na zamówienia docelowe, zawarcie umów i faktyczne rozpoczęcie realizacji usług wynosić będzie 164 dni.

2) Okolicznościami o charakterze organizacyjnym - miało na celu zapewnienie Zamawiającemu odpowiedniego czasu na przygotowanie dokumentacji przetargowej na potrzeby nowych postępowań oraz odpowiednich środków osobowych w związku z prowadzeniem w międzyczasie innych postępowań. Zamawiający wskazał, iż w okresie od stycznia do kwietnia 2019 r., środki osobowe Biura Związku Gmin Regionu Płockiego zaangażowane były w postępowania z zakresu Działu Gospodarki Odpadami: dzierżawa pojemników przeznaczonych do gromadzenia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (gm. Bielsk) - postępowanie o wartości poniżej 30 tys. EURO; dzierżawa pojemników przeznaczonych do gromadzenia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (gm. Brudzeń Duży) - postępowanie o wartości poniżej 30 tys. EURO; dzierżawa pojemników przeznaczonych do gromadzenia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz ich dostawa na teren ZGKiM zlokalizowanego w miejscowości Sielec (gm. Czerwińsk nad Wisłą) - postępowanie o wartości poniżej 30 tys. EURO; dzierżawa pojemników przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych - postępowanie o wartości zamówienia nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Jednocześnie w okresie od stycznia do kwietnia 2019 r. środki osobowe Biura Związku Gmin Regionu Płockiego zaangażowane były w następujące postępowania z zakresu Działu Projektów i Programów: wydruk 10 000 szt. naklejek informacyjnych dla Biura ZGRP - postępowanie o wartości poniżej 30 tys. EURO; przygotowanie i przeprowadzenie przez Przewodnika Ekologa warsztatów pn. „Tropiciele odpadów” prowadzonych w ramach zadania w zakresie edukacji na rzecz selektywnej zbiórki odpadów - postępowanie o wartości poniżej 30 tys. EURO; świadczenie usług transportowych na wyjazdowych warsztatach edukacyjnych pn. „Tropiciele odpadów” dla dzieci i młodzieży z płockich placówek oświatowych - postępowanie o wartości poniżej 30 tys. EURO; „Budowa dwunastu (12) Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w formule zaprojektuj i wybuduj, w gminach należących do Związku Gmin Regionu Płockiego” - postępowanie o wartości zamówienia nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że wkład merytoryczny niezbędny do przygotowania dokumentacji oraz przeprowadzenia ww. postępowań poniżej 30 tys. EURO był w kompetencjach pracowników danego Działu. Osoby te były również członkami Komisji Przetargowej. Wspomniane osoby przygotowywały również całą procedurę postępowań, których wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający podniósł, że wkład merytoryczny niezbędny do przygotowania postępowań na docelowe zamówienia na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych (w zakresie których nastąpiło dnia 12.04.2019 r.

przekazanie ogłoszeń do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) osobiście przygotowywał Kierownik Działu Gospodarki Odpadami, co oznacza jednoosobowe sporządzenie dokumentacji. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, zastrzeżenie w umowach doraźnych terminów - 31.05.2019 r., 30.06.2019 r. oraz 31.12.2019 r. - miało uzasadnienie w niemożliwości przeprowadzenia postępowań na zamówienia docelowe na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów w związku z zaangażowaniem środków osobowych Zamawiającego w okresie od stycznia do kwietnia 2019 r. w przygotowanie i realizację innych postępowań zamówieniowych.

Zamawiający dodał, że w zawartych umowach wskazano podstawę prawną udzielenia zamówień doraźnych. W związku z tym każdy z wykonawców z którymi Zamawiający zawarł umowę po przeprowadzeniu postępowania Z-KP.271.15.2018 miał świadomość doraźnego charakteru podpisanych umów, a tym samym każdy z Wykonawców potwierdził i przyjął do stosowania postanowienia umowne dotyczące okresu ich trwania w taki sposób, że w rzeczywistości okres realizacji zamówień nie będzie dłuższy niż do dnia 30.06.2019 r. oraz że zastrzeżenie maksymalnego terminu realizacji do dnia 31.12.2019 r. - miało na celu jedynie zagwarantowanie Zamawiającemu marginesu bezpieczeństwa, ale w istocie każdy Wykonawca nie zakładał, że umowy będą faktycznie realizowane po dniu 30.06.2019 r.

W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, interpretacja przedmiotowych postanowień zawarta w informacji o wyniku kontroli doraźnej jest sprzeczna z rzeczywistą intencją Zamawiającego oraz jest dla niego krzywdząca. Kontrolujący z samego faktu zawarcia przez Zamawiającego w umowach zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowania Z-KP.271.15.2018 postanowień takich jak: *„Realizację przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca będzie wykonywał w sposób ciągły i nieprzerwany od dnia 1-go stycznia 2019 r. do czasu niezbędnego do rozstrzygnięcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przy czym, z zastrzeżeniem, iż maksymalny termin obowiązywania niniejszej umowy to 31 grudnia 2019 r., a także z zastrzeżeniem, że Strony ustalają minimalny okres realizacji umowy do dnia 30 czerwca 2019 r., z tym, że do dnia 31 maja 2019 r. Strony decydują, czy po tym czasie umowa będzie kontynuowana”* - wywodzi o bezzasadności zastosowania trybu z wolnej ręki. Tymczasem w ocenie Zamawiającego stwierdzenie bezzasadności zastosowania przez niego trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z takim ukształtowaniem postanowień umownych jest tym przypadku nieadekwatne. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w przepisach ustawy Prawo zamówień

publicznych wyposażony został w inne narzędzia, umożliwiające mu kwestionowanie całych umów, jak również poszczególnych postanowień umownych (art. 168 pkt 3 ustawy Pzp).

Nadto Zamawiający wskazał, że zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej twierdzenie Kontrolującego, że również minimalny termin 6-miesięczny trwania umów doraźnych jest nieuzasadniony, bowiem w związku z przeprowadzeniem przez Zamawiającego poprzednio dwóch postępowań na tożsamy przedmiot zamówienia, dysponuje on przynajmniej częściowo dokumentacją niezbędną dla wszczęcia kolejnego postępowania nie uwzględnia w ogóle okoliczności istniejących po stronie Zamawiającego, które ograniczyły mu możliwość oparcia się przy udzielaniu zamówienia docelowego na dokumentacji dotyczącej postępowań Z-KP.271.9.2018 oraz Z-KP.271.14.2018. Zamawiający wskazał, że dnia 30.01.2019 r. Zarząd Związku Gmin Regionu Płockiego postanowił jedenastoma uchwałami o przeprowadzeniu odrębnych postępowań na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych dla każdej z gmin zrzeszonych w Związku. W znacznym stopniu zwiększyło to zakres merytoryczny prac po stronie Zamawiającego związany z przygotowaniem dokumentami przetargowej na potrzeby zamówień docelowych i tym samym wydłużyło czas przygotowania postępowań. Oznacza to, że oparcie się przez Zamawiającego przy udzielaniu zamówień docelowych na dokumentacji dotyczącej ww. wcześniejszych postępowań zostało w znacznym stopniu ograniczone. Decyzja co do przeprowadzenia odrębnych postępowań dla poszczególnych gmin zrzeszonych w Związku Gmin Regionu Płockiego podyktowana była zróżnicowanym przedmiotem zamówienia uwzględniającym szczególne uwarunkowania gmin, koniecznością zindywidualizowania opisów przedmiotu zamówienia oraz wzorów umów do obowiązków wykonawców umów docelowych w zakresie wyposażania nieruchomości w pojemniki (w styczniu 2019 r. Zamawiający wydzierżawił pojemniki dla gmin Bielsk, Brudzeń Duży, Czerwińsk nad Wisłą). Ponadto, w związku z niemożnością wyłonienia wykonawców w poprzednio prowadzonych postępowaniach konkurencyjnych z powodu zbyt wysokich cen, Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ na potrzeby postępowań docelowych, w tym w zakresie przedmiotu zamówienia, projektu umowy oraz warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazuje, że wymagało to szczegółowej analizy dwóch poprzednich postępowań prowadzonych w trybie konkurencyjnym oraz zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający w załączeniu przedstawił szczegółowe zestawienie i opis 77 zmian dokonanych w dokumentacji postępowań na zamówienia docelowe w stosunku do dokumentacji postępowania Z-KP.271.14.2018, która zawierała już modyfikację w odniesieniu do dokumentacji z wcześniejszego postępowania.

Zamawiający wskazał również, że postępowania o udzielenie zamówień docelowych na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gmin zrzeszonych w Związku Gmin Regionu Płockiego nie zostały zorganizowane do dnia sporządzenia informacji o wyniku kontroli doraźnej w związku z zaistnieniem dodatkowych okoliczności, tj.: planowane zmiany ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; podjęcie w dniu 22.01.2019 r. przez Sejmik Województwa Mazowieckiego uchwały Nr 3/19 w sprawie uchwalenia Planu gospodarki odpadami dla Województwa Mazowieckiego 2024 oraz uchwały Nr 4/19 w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Mazowieckiego 2024, w których zmieniono przynależność poszczególnych gmin zrzeszonych w Związku Gmin Regionu Płockiego do regionu gospodarki odpadami; problem z zagospodarowaniem odpadów komunalnych, w szczególności odpadów ulegających biodegradacji oraz odpadów selektywnych; brak stabilności i gwarancji niezmienności cen ze strony regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych za przyjęcie i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych, w związku z czym Zamawiający podjął próbę rozmów z zarządami instalacji; konieczność przeprowadzenia licznych i szczegółowych analiz (w tym również w zakresie zbiórki odpadów komunalnych z lat ubiegłych) mających na celu podjęcie decyzji kierunkowej ws. możliwości powołania spółki Związku Gmin Regionu Płockiego zajmującej się odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych z terenu gmin zrzeszonych w Związku, wskazując, iż szersze wytłumaczenie powyższych okoliczności byłoby możliwe, gdyby został wezwany do wyjaśnienia tych aspektów w trakcie postępowania kontrolnego.

Odnosząc się do kwestii niepowiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania Z-KP.271.15.2018 Zamawiający wskazał, że pozostawał w przekonaniu, że uzasadnione w jego przypadku wszczęcie postępowania na podstawie odpowiednio stosowanego art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest podstawą do odstąpienia od konieczności zawiadomienia o wszczęciu postępowania w zw. z odpowiednio rozumianą dyspozycją art. 67 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp. Niemniej, po analizie argumentacji przedstawionej w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz analizie przewidzianej w art. 67 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, przesłanki zwalniającej z obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania - przy zastosowaniu wykładni literalnej zamiast wykładni nawiązującej do odpowiedniego stosowania przepisów o trybie z wolnej ręki, wypracowanej ww. orzeczeniach KIO - Zamawiający przyznał, że można w istocie wnosić, że przesłanka ta w rzeczywistości ma węższy zakres zastosowania niż art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę treść art. 67 ust. 3 Pzp i wszystkie wymienione tam przesłanki odstąpienia od zawiadamiania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie z

wolnej ręki związane są z konkretnym rodzajem zamówienia (sektorowego) albo z natychmiastowością, albo ze zdarzeniami losowymi, to ostatnie pojęcie w istocie jest pojęciem węższym w stosunku do przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp i w tym zakresie należy zgodzić się z Kontrolującym.

Zamawiający wniósł o uwzględnienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przedstawionych zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej oraz o odstąpienie od stwierdzenia, że dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przy prowadzeniu postępowania Z-KP.271.15.2018.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2019 r. znak: UZP/DKZP/WKZ3/421/7(10)/19/JB Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował, iż nie uwzględnia w całości zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego i poinformował, że zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Ustosunkowując się do stanowiska zaprezentowanego w Zastrzeżeniach Prezes Urzędu stwierdził m.in., iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Prezes Urzędu zauważył, iż zastrzeżenia Zamawiającego dotyczą zasadniczo następujących aspektów informacji o wyniku kontroli doraźnej: niewskazanie prawidłowego i właściwego sposobu udzielenia zamówień na przedmiotowe usługi, aby możliwe było zapewnienie ciągłości gospodarki odpadami na terenie gmin zrzeszonych w związku zgodnie z przepisami ustawy Pzp; nieuwzględnienie znaczenia niektórych okoliczności towarzyszących podjęciu decyzji o przeprowadzeniu postępowań w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp; niekorzystna dla Zamawiającego interpretacja postanowień umownych, które dotyczyły doraźności umów w sprawie zamówienia na usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowań w trybie z wolnej ręki; uznanie niezasadności przewidzenia minimalnego 6-miesięcznego terminu trwania umów doraźnych w związku z przyjęciem, iż Zamawiający dysponuje przynajmniej częściowo dokumentacją niezbędną dla wszczęcia kolejnego postępowania oraz nieuwzględnienie dodatkowych okoliczności, skutkiem których postępowania o udzielenie zamówień docelowych na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gmin zrzeszonych w Związku Gmin Regionu Płockiego nie zostały wszczęte do dnia sporządzenia informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Prezes Urzędu zauważył, iż celem kontroli, zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp, jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. To do

Zamawiającego należy wybór właściwego trybu udzielenia zamówienia zgodnego z przepisami ustawy Pzp, przede wszystkim z uwzględnieniem charakteru poszczególnych trybów określonych ogólnie w art. 10 ustawy Pzp oraz przesłanek zastosowania trybów niepodstawowych, jeśli Zamawiający decyduje się na skorzystanie z takiego trybu. Jakkolwiek w informacji o wyniku kontroli doraźnej zakwestionowano dopuszczalność zastosowania trybu z wolnej ręki przez Zamawiającego w konkretnym przypadku będącym przedmiotem analizy, nie oznacza to abstrakcyjnego wyłączenia możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdyby zostały spełnione przesłanki zastosowania tego trybu. Treść informacji o wyniku kontroli doraźnej odwołuje się także do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, dopuszczającego możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio, nawet w wypadku niezrealizowania wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, podkreślając jednak doraźny charakter oraz krótki okres obowiązywania umowy zawartej w wyniku takiego postępowania, podczas gdy w informacji o wyniku kontroli doraźnej w odniesieniu do postępowań będących przedmiotem ww. kontroli wskazano przede wszystkim na długość okresu obowiązywania umów w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym naruszenia wykazane w przedmiotowej informacji o wyniku kontroli doraźnej stanowią konsekwencję działań Zamawiającego, związanych z ukształtowaniem treści umowy w określony sposób.

Prezes Urzędu podkreślił, iż w ramach kontroli doraźnej przedmiotowych postępowań w trybie z wolnej ręki uwzględniono fakt uprzedniego przeprowadzenia przez Zamawiającego dwóch postępowań w trybie przetargu nieograniczonego jak również charakter zamówień na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, przy czym, co podkreślono w informacji o wyniku kontroli doraźnej, uznano, iż Zamawiający musi liczyć się z możliwością wystąpienia zdarzeń warunkujących konieczność unieważnienia postępowania, co znajduje swoje potwierdzenie także w przywoływanym w ww. informacji orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jakkolwiek należy zgodzić się z Zamawiającym co do możliwości powstania zagrożenia sanitarnego w związku z niezapewnieniem przez Zamawiającego podmiotów odpowiedzialnych za odbieranie odpadów, to powyższe nie wskazuje na konieczność udzielania zamówień w trybie z wolnej ręki, których okres może obejmować okres od stycznia 2019 r. aż do 31 grudnia 2019 r. jako zamówień doraźnych, których zasadniczym celem jest zabezpieczenie realizacji ustawowych zadań Zamawiającego do czasu rozstrzygnięcia postępowania w trybie konkurencyjnym.

W odniesieniu do argumentów Zamawiającego dotyczących złej woli jednego z wykonawców, który wystąpił z wnioskiem o wszczęcie kontroli, Prezes Urzędu wskazał, iż kontrola doraźna nie ma na celu ochrony interesów konkretnego wykonawcy, a jedynie zagwarantowanie stosowania przez zamawiających przepisów ustawy Pzp, w tym przepisów, które gwarantują konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako takiego. Prezes Urzędu wskazał także, iż w przywołanych przez Zamawiającego orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 1415/17 oraz KIO 138/18 wyraźnie podkreślono znaczenie krótkiego okresu, na jaki zostały zawarte umowy w postępowaniach będących przedmiotem analizy przez skład orzekający (odpowiednio około 1 miesiąca i 2 miesięcy), co kontrastuje ze znacznie dłuższymi terminami przewidzianymi przez Zamawiającego w umowach po przeprowadzeniu postępowań w trybie z wolnej ręki będących przedmiotem kontroli doraźnej. Okres obowiązywania umowy wynoszący minimum około pół roku, z możliwością przedłużenia do około roku od dnia podpisania umowy narusza zasady proporcjonalności w kontekście okresu niezbędnego do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym.

Następnie Prezes Urzędu podniósł, iż treść postanowień umownych dotyczących okresu obowiązywania umów musi podlegać analizie także w kontekście podejmowanych przez Zamawiającego działań zmierzających do udzielenia zamówienia docelowego po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkurencyjnym. W tym względzie zwrócił uwagę na fakt, iż Zamawiający unieważnił poprzednie postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 5 grudnia 2018 r., zaś ogłoszenia o zamówieniu dotyczące analogicznego przedmiotu zamówienia w trybie konkurencyjnym zostały przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2019 r., tj. po upływie ponad 4 miesięcy. W związku z powyższym nie mogą zostać przyjęte wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące dużej liczby innych postępowań prowadzonych przez odpowiednią komórkę w strukturze organizacyjnej i ograniczenia w zakresie środków osobowych, gdyż kwestie związane z organizacją pracy po stronie Zamawiającego nie mogą uzasadniać nadmiernego przedłużania wszczęcia postępowania w trybie konkurencyjnym w sytuacji, w której Zamawiający zawarł uprzednio umowę po przeprowadzeniu postępowań w trybie z wolnej ręki na doraźną realizację zamówienia do czasu udzielenia zamówienia docelowego.

Prezes Urzędu wskazał także na obiektywną nieweryfikowalność twierdzeń Zamawiającego co do faktycznego braku przekonania po stronie wykonawców o konieczności świadczenia usługi po 30 czerwca 2019 r., biorąc pod uwagę treść przedmiotowych postanowień



umownych, które dopuszczały możliwość przedłużenia obowiązywania umów do dnia 31 grudnia 2019 r.

Prezes Urzędu zauważył, iż istotą przepisów ustawy Pzp jest przede wszystkim ochrona systemu zamówień publicznych przed potencjalnymi naruszeniami zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niezależnie od faktycznych intencji danego zamawiającego w konkretnym postępowaniu. Tym samym za niezgodne z przepisami ustawy Pzp, przede wszystkim z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać takie działania zamawiającego, które mogą potencjalnie zagrozić konkurencji, nawet jeśli nie zostanie wykazane, iż do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło (tak m.in. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. II GSK 1980/12).

W związku z argumentacją Zamawiającego dotyczącą zwiększenia zakresu merytorycznego prac oraz modyfikacji SIWZ, co miało wpływ na wydłużenie czasu przygotowania postępowań w trybie konkurencyjnym, Prezes Urzędu podkreślił, iż nie jest to okoliczność stricte obiektywna i niezależna od Zamawiającego, co ma szczególne znaczenie w sytuacji, w której Zamawiający udzielił uprzednio zamówienia z wolnej ręki doraźnie, na czas niezbędny do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym i skutkuje koniecznością podjęcia przez Zamawiającego niezbędnych działań do możliwie szybkiego udzielenia zamówienia docelowego po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkurencyjnym. Analogicznie nie może Zamawiający powoływać się na okoliczności takie jak szeroko rozumiane „problemy z zagospodarowaniem odpadów komunalnych, w szczególności odpadów ulegających biodegradacji oraz odpadów selektywnych” czy „brak stabilności i gwarancji niezmienności cen ze strony regionalnych instalacji przetwarzania odpadów za przyjęcie i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych”, jak również ogólnie określone zmiany prawa, w szczególności ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gdyż sytuacje tego rodzaju nie mają nadzwyczajnego charakteru. Zabezpieczenie interesów Zamawiającego związane z koniecznością zagwarantowania realizacji zadań gminy w sytuacji konieczności udzielenia zamówienia doraźnie, do czasu wyłonienia wykonawcy w procedurze konkurencyjnej musi mieć charakter proporcjonalny, zaś przewidzenie warunkowej, zależnej w dużym stopniu od działań Zamawiającego możliwości zmiany okresu obowiązywania umowy zawartej po postępowaniu w trybie z wolnej ręki, w której minimalny okres obowiązywania wynosi około pół roku, zaś maksymalny - około jednego roku, nie stanowi dostatecznej gwarancji zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W podsumowaniu swojego stanowiska Prezes Urzędu stwierdził m.in., iż przedstawione przez Zamawiającego argumenty nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dopuścił się naruszeń wykazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 kwietnia 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:**

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby Prezes Urzędu prawidłowo uznał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w wyniku kontroli przepisów ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, *który stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz w związku z art. 10 ustawy Pzp, w myśl którego podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony;*
- 2) art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, *który stanowi, iż jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.*

Stan faktyczny ustalony w trakcie postępowania kontrolnego nie jest sporny. Różna jest natomiast jego ocena, w szczególności w zakresie spełnienia przesłanek dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, tj. przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba podziela stanowisko przedstawione przez Prezesa Urzędu w informacji o wyniku kontroli, w tym wynikające z przytoczonego tam orzecznictwa, dotyczącego udzielenia doraźnego zamówienia w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie z wolnej ręki, jako

wyjątku od zasady prymatu trybów przetargowych, i podkreśla, że jak każdego wyjątku, nie można go interpretować rozszerzająco.

Przedmiotem kontrolowanych postępowań była usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Związku Gmin Regionu Płockiego. Celem ich wszczęcia było zabezpieczenie realizacji usług od dnia 1 stycznia 2019 r. Pierwsze z postępowań przeprowadzonych w trybie konkurencyjnym, następnie unieważnionych na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zostało wszczęte w dniu 7 sierpnia 2018 r., zaś unieważnione w dniu 3 października 2018 r., drugie natomiast zostało wszczęte w dniu 19 października 2018 r., zaś unieważnione w dniu 5 grudnia 2018 r. Ogłoszenie w wszczęciu trzeciego postępowania w trybie konkurencyjnym, które zostało poprzedzone wszczęciem objętych kontrolą postępowań przeprowadzonych z wolnej ręki, które doprowadziły do zawarcia umów na okres minimalny do 30 czerwca 2019 r. i maksymalny do 31 grudnia 2019 r., zostało przekazane Urzędowi Publikacji UE w dniu 12 kwietnia 2019 r., a więc po upływie 4 miesięcy od unieważnienia drugiego z postępowań przeprowadzonych w trybie konkurencyjnym i po upływie blisko 4 miesięcy od wszczęcia pierwszych postępowań w trybie niekonkurencyjnym, co miało miejsce 14 grudnia 2018 r. i po upływie 3 miesięcy od wszczęcia ostatniego z postępowań niekonkurencyjnych, co miało miejsce w dniu 4 stycznia 2019 r.

Powyższa sekwencja dat pokazuje, że nie można uznać argumentacji Zamawiającego, zmierzającej do wykazania doraźnego charakteru postępowań przeprowadzonych przez niego w trybie zamówienia z wolnej ręki. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można również zgodzić się z oceną Zamawiającego, że fakt unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dwóch postępowań przeprowadzonych w trybie konkurencyjnym oraz specyfika przedmiotu zamówienia, którym jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, a także postanowienia umów zawieranych w wyniku postępowania w trybie z wolnej ręki, dotyczące czasu ich obowiązywania, uzasadniają wszczęcie postępowań na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Bez wątpienia konieczność uniknięcia zagrożenia epidemiologicznego musi być brana pod uwagę przy podejmowaniu decyzji przez Zamawiającego, jednak okoliczność ta nie wyłącza stosowania przez niego przepisów ustawy Pzp i, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie powoduje rozszerzenia wyjątku od zasady prymatu trybów przetargowych. Konieczność ta powinna oznaczać zabezpieczenie ich realizacji z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa, jak również z ewentualnym uwzględnieniem przewidzianych przez prawo możliwości skrócenia terminu składania ofert, o czym stanowi art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli

występują podstawy w nim przewidziane. Wyjątkowość sytuacji, dopuszczająca, w świetle orzecznictwa, w szczególnych wypadkach, odstępowanie od obowiązujących zasad, wymaga wnikliwej oceny wszystkich okoliczności jej towarzyszących, a te wskazują na to, iż objętych kontrolą zamówień, nie można uznać za udzielone doraźnie, tj. na krótki czas do czasu wyłonienia wykonawców w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym.

Zauważenia wymaga, iż przywoływany przez Zamawiającego w Zastrzeżeniach wyrok KIO 1415/17 z dnia 24.07.2017 r.: został wydany w innych okolicznościach sprawy. W tym zakresie podkreślenia wymaga, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki nastąpiło w dniu 4 lipca 2017 r. na okres do 31 lipca 2017 r. tj. na okres 25 dni, po tym jak wyrokiem z dnia 4 lipca 2017 r. sygn. akt 1177/17 Izba nakazała odrzucić wybraną ofertę, zaś z dniem 30 czerwca 2017 r., z uwagi na upływ czasu na jaki została zawarta, uległa rozwiązaniu umowa z dotychczasowym wykonawcą odbioru odpadów. Następnie w dniu 21 lipca 2017 r. zostało wszczęte postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego ze skróconym terminem składania ofert. Powyższa sekwencja dat, w tym odwrócenie skutków nieodbierania odpadów pokazuje, że możliwe było uznanie zamówienia udzielonego z wolnej ręki za zamówienie doraźne. W związku z tym przywołane w Zastrzeżeniach stwierdzenie Izby, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie oznacza, że również w objętych przedmiotową kontrolą postępowaniach, gdzie nie występuje przypadek wypełnienia wszystkich przesłanek, wymaganych dla zaistnienia podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki określona w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, znajduje ono zastosowanie. Podkreślenia bowiem wymaga, że Izba w uzasadnieniu ww. wyroku uznała, co jednoznacznie stwierdziła: *„Nie stanowi jednak naruszenia normy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stosowanej odpowiednio, jeżeli zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia z wolnej ręki na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów – na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym i wyboru wykonawcy zamówienia na przewidziany czas do 30 czerwca 2019 r.”*

Również przywołany przez Zamawiającego wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 138/18, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie przesadza o tym, iż w analizowanych postępowaniach wystąpiła przesłanka zastosowania trybu niekonkurencyjnego, stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wyrok ten także zapadł na tle innego stanu faktycznego. W szczególności wskazania wymaga, iż w okolicznościach sprawy rozpoznawanej przez Izbę w ww. wyroku, w dniu 14 listopada 2017 r. zostało wszczęte kolejne postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego (pierwsze, wszczęte w dniu 11 sierpnia 2017 r. zostało unieważnione) na odbiór, transport i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy

Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Termin składania ofert w tym postępowaniu został wyznaczony na dzień 28 grudnia 2017 r. Umowa dotycząca odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy wygasła z dniem 31 grudnia 2017 r. W dniu 22 grudnia 2017 r. zostało udzielone zamówienie z wolnej ręki na okres do dnia 28 lutego 2018 r., a więc na okres dwóch miesięcy. W związku z tym przytoczony w zastrzeżeniach fragment uzasadnienia nie znajduje oczekiwanego przez Zamawiającego zastosowania w sprawie. Jakkolwiek wynika z niego, że Skład orzekający Izby za wyjątkową sytuację uznał unieważnienie wcześniejszych postępowań, to jednak nie przesądza to o wypełnieniu wszystkich przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jak również nie wskazuje na doraźność zamówień udzielonych w wyniku postępowań objętych kontrolą Prezesa Urzędu, w szczególności z uwagi na okres na jaki zostały udzielone.

Za nieuzasadnioną należy bowiem uznać argumentację dotyczącą interpretacji postanowień umownych dotyczących czasu obowiązywania umów, które zdaniem Zamawiającego, wskazywały na doraźność umów o zamówienie na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, zawartych w następstwie przeprowadzenia kontrolowanych postępowań. W ocenie Izby przywołane postanowienia umów, z których wynika, iż realizacja usług przez wykonawców będzie następowała przez okres minimum 6 miesięcy (do dnia 30.06.2019 r.) i maksimum przez 12 miesięcy (do dnia 31.12.2019 r. tj. przez okres na jaki miały być zawarte umowy w wyniku drugiego z unieważnionych postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego), przy uwzględnieniu, iż postępowanie w trybie konkurencyjnym zostało wszczęte dopiero w czwartym miesiącu (kwiecień 2019 r.) od miesiąca rozpoczęcia ich obowiązywania (styczeń 2019 r.), nie wskazują na doraźność tych umów. Dotyczy to nie tylko maksymalnego, ale też minimalnego okresu ich obowiązywania, które nie wskazują, że umowy zostały zawarte na krótki czas niezbędny do zakończenia postępowania docelowego, prowadzonego w trybie konkurencyjnym. Zawarte w Zastrzeżeniach twierdzenie Zamawiającego, iż zamierzał prowadzić postępowania o udzielenie zamówień docelowych, tj. dokonać ich rozstrzygnięcia i zawarcia umów przed dniem 31.05.2019 r. oraz rozpocząć ich faktyczną realizację od dnia 30.06.2019 r. pozostaje w sprzeczności z podanym przez Zamawiającego uzasadnieniem, tj. że przy wyznaczaniu minimalnego i maksymalnego okresu trwania umów zawartych w następstwie kontrolowanych postępowań, miał na uwadze, że w poprzednich latach potrzebował średnio 114 dni na rozstrzygnięcie postępowania (wybór najkorzystniejszej oferty), nadto uwzględnił czas na podpisanie umów z wyłonionymi wykonawcami wynoszący minimum 20 dni oraz 30-dniowy czas na przygotowanie do

wykonywania umów, w tym na wyposażenie właścicieli nieruchomości w pojemniki, co daje minimum 164 dni. Wszczynając zatem postępowanie na zawarcie umów docelowych dopiero w kwietniu 2019 r., w świetle swojego doświadczenia, Zamawiający musiał wiedzieć, iż jego rozstrzygnięcie i zawarcie umów docelowych, do dnia 31 maja 2019 r. nie jest możliwe.

Argumentacja i podane w Zastrzeżeniach okoliczności o charakterze organizacyjnym również nie wskazują na uzasadnienie dla uznania doraźności umów zawartych w wyniku postępowań prowadzonych z wolnej ręki. Organizacja pracy Zamawiającego i sposób przez niego angażowania zatrudnionego personelu, jest jego wewnętrzną, znaną mu sprawą. Zamawiający winien te okoliczności uwzględniać przy planowaniu wykonania ciężących na nim zadań, w tym takich, które wiążą się z wskazywanym w Zastrzeżeniach zagrożeniem epidemiologicznym. Dla stwierdzenia doraźnego charakteru umów zawartych w wyniku postępowań przeprowadzonych w trybie z wolnej ręki nie mają znaczenia również podane w Zastrzeżeniach, bez wykazania związku późnym wszczęciem postępowania w trybie konkurencyjnym, okoliczności, w tym m.in. wskazana konieczność przeprowadzenia licznych i szczegółowych analiz, mających na celu podjęcie decyzji kierunkowej ws. możliwości powołania spółki Związku Gmin Regionu Płockiego, zajmującej się odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych z terenu gmin zrzeszonych w Związku.

Okoliczności sprawy w objętych kontrolą postępowaniach wskazują, że nie zostały wyczerpane wszystkie przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a które muszą zaistnieć łącznie. Nie zaistniała również podstawa do uznania tych zamówień za udzielone doraźnie. Nie występuje natychmiastowość wykonania usług, której nie należy utożsamiać z pilnością ich wykonania, nadto nie można przyjąć, że miała miejsce szybka reakcja ze strony Zamawiającego, a w szczególności nie można uznać, że obejmują one krótki czas trwania, jedynie przez czas do wyłonienia wykonawców w trybie konkurencyjnym, skoro przez okres przeszło trzech miesięcy od rozpoczęcia ich obowiązywania, takie postępowanie nawet nie zostało wszczęte.

Mając powyższe na uwadze, za chybione należy uznać stanowisko Zamawiającego, jakoby wykazał przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W Zastrzeżeniach Zamawiający przyznał zasadność stanowiska Prezesa Urzędu w zakresie sposobu rozumienia art. 67 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, z którego wynika, że ma ona węższy zakres zastosowania, niż art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Z tych względów należało stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w Informacji o wyniku kontroli przez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Związku Gmin Regionu Płockiego.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....