

**Według rozdzielnika**

**Dotyczy przetargu nieograniczonego na: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych oraz utworzenie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych na terenie Gminy Piaseczno”.**

Zamawiający informuje, że w dniu 30.11.2018r. w w/w postępowaniu zostało wniesione odwołanie.

Zamawiający na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesyła niezwłocznie kopię odwołania bez załączników innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert, bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu. Odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z czym Zamawiający zamieszcza treść odwołania bez załączników na stronie internetowej, na której zamieszczone są ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 ustawy.

Z up. Burmistrza  
Miasta i Gminy Piaseczno  
mgr Piotr Borkowski  
Kierownik Referatu Zamówień Publicznych

Otrzymują  
RZP a/a  
Adresaci

Warszawa, dnia 30.11.2018 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
przy Urzędzie Zamówień Publicznych  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

Odwołujący się:

**AG - Complex Sp. z o. o.**

ul. Płytowa 14

03-046 Warszawa

Tel./Fax. 22 814 27 77 w.209

E-mail: [zp@ag-complex.com.pl](mailto:zp@ag-complex.com.pl)

reprezentowany przez

radcę prawnego Justynę Świąder

Doradztwo i konsultacje prawne

Justyna Świąder

Adres do doręczeń:

Adres mocodawcy

Zamawiający:

**Gmina Piaseczno**

**Urząd Miasta i Gminy w Piasecznie**

ul. Kościuszki 5

05-500 Piaseczno

Tel. +48 22 70 17 654, faks: +48 22 70 17 692,

E-mail: [rzp@piaseczno.eu](mailto:rzp@piaseczno.eu)

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych oraz utworzenie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych na terenie Gminy Piaseczno” znak sprawy: 147/2018.

Adres strony internetowej na której została udostępniona SIWZ:

<http://bip.piaseczno.eu/przetarg/5016/spr-147-2018>

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Dz. Urz. UE w dnia 26.09.2018 r., pod numerem 2018/S 185-418360.

#### ODWOŁANIE

Działając w imieniu AG-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Płytowej 14, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, które składam w załączeniu na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą lub PZP, zgodnie z którym „*Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy*”, niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegających na:

- 1) naruszeniu art. 7 ust. 1 PZP i art. 29 ust. 1 i 2 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niedokładny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym uniemożliwiający dokonanie wyceny oferty,
- 2) naruszeniu art. 36 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez brak określenia w SIWZ sposobu obliczenia ceny oferty.

Odwolujący wskazuje, że odwołanie dotyczy czynności, której Zamawiający nie wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2030/18.

W oparciu o przedstawione zarzuty wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez wskazanie dla każdej części zamówienia maksymalnej ilości odpadów do odebrania i zagospodarowania, których wykonawcy będą zobowiązani do odebrania w ramach wynagrodzenia przewidzianego za realizację danej części zamówienia wraz z określeniem konsekwencji przekroczenia tej ilości – tj. wprowadzenie ścisłych i jednoznacznych zapisów określających, co obejmuje ryczałt (dokładanie jaki tonaż), a także powiązania miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy z ilością zebranych odpadów oraz wprowadzenie dodatkowej ceny w sytuacji, gdy ilość przekroczy wielkości, które są ujęte w ryczałcie - ewentualnie zmianę przyjętego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy na wynagrodzenie ustalane za określoną ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów oraz ustalenie jednoznacznego sposobu obliczenia ceny oferty. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nadanie brzmienia następujących postanowień umowy:

Postanowienie § 4 ust. 17 wzoru umowy:

**„W przypadku gdy umowa ulegnie wcześniejszemu rozwiązaniu z przyczyn określonych w § 2 ust. 2 Wykonawca zaprzestaje świadczenia usług w dniu, w którym nastąpiło przekroczenie limitu odpadów. W takim przypadku Wykonawcy w ramach ostatecznego rozliczenia umowy przysługiwać będzie, niezależnie od już wypłaconego wynagrodzenia, wynagrodzenie w wysokości określonej jako różnica pomiędzy wynagrodzeniem określonym w §4 ust. 3 a wynagrodzeniem dotychczas wypłaconym przez Zamawiającego”.**

Postanowienie § 2 ust. 2 wzoru umowy:

**„Umowa ulegnie wcześniejszemu rozwiązaniu w przypadku przekroczenia limitu odebranych ogółem odpadów z terenu danego Sektora tj Sektor I\* – 20 478,35 Mg, Sektor II\* – 10 752,62 Mg, Sektor III\* – 26 982,51 Mg.\*(niepotrzebne skreślić) ze skutkiem na dzień, w którym nastąpiło przekroczenie tej ilości”.**

Odwolujący wskazuje, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP. Odwołujący prowadzi działalność w zakresie świadczenia usług zbieżnych z przedmiotem zamówienia, a tym samym jest zainteresowany w uzyskaniu zamówienia. W swojej dotychczasowej praktyce Odwołujący realizował wiele takich zamówień, których przedmiot był zbliżony do zakresu zamówienia. W związku z powyższym, Odwołujący posiada wymagane doświadczenie, wiedzę i zasoby potrzebne do ubiegania się o zamówienie. Tymczasem naruszenia PZP, jakich dopuścił się Zamawiający, uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o zamówienie. Niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i przepisami prawa sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ nie pozwalają na złożenie rzetelnej oferty. Wykonawca nie będzie mógł złożyć oferty w postępowaniu, a zatem nie będzie miał możliwości uzyskać zamówienia. To w sposób oczywisty spowodować może szkodę w majątku Odwołującego, który nie osiągnie przychodu i zysku na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyeliminowania powyższego, co pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty na warunkach zgodnych z zasadami uczciwej konkurencji.

Jednocześnie, Odwołujący podnosi, że niniejsze odwołanie zostało złożone w terminie, bowiem w dniu 21.11.2018 r. Zamawiający upublicznił na stronie internetowej informację o zmianie treści SIWZ powołując się na wyrok KIO z dnia 22.10.2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2030/18. W tej dacie Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach, które stanowią podstawę do wniesienia odwołania. Z uwagi na fakt, iż końcowy termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 01.12.2018 r., lecz dzień ten i następny – 02.12.2018 r. jest dniem ustawowo uznanym za wolny od pracy, to terminem końcowym na wniesienie odwołania jest 03.12.2018 r. Uwzględniając powyższe, niniejsze odwołanie zostało złożone w terminie.

## UZASADNIENIE

### I. STAN FAKTYCZNY

W dniu 05.10.2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie wykazując naruszenie m.in. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zakresie dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób niedokładny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty a tym samym uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i rzetelnej wyceny oferty, żądając:

- 1) przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający przeprowadzenie prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia tj. w szczególności podanie wiarygodnych danych co do ilości zbieranych odpadów
- 2) ustalenia sposobu obliczenia ceny poprzez wymóg podania przez wykonawców ceny za odbiór 1 tony odpadów ewentualnie wprowadzenie ścisłych zapisów określających co obejmuje ryczałt (jaki tonaż, jaka częstotliwość odbioru, jakie odpady, jakie posesje) oraz wprowadzenie dodatkowej ceny w sytuacji gdy ilości opróżnień, tonaż i inne parametry przekroczą wielość, które są ujęte w ryczałcie.

W dniu 22.10.2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2030/18, Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w którym m.in. uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 PZP i nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ poprzez wskazanie dla każdej części zamówienia maksymalnej ilości odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach wynagrodzenia przewidzianego za realizację danej części zamówienia wraz z określeniem konsekwencji przekroczenia tej ilości – w przypadku braku zmiany przyjętego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy na wynagrodzenia ustalone za określoną ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów.

Wyrok zapadł w oparciu o następujący stan faktyczny:

- 1) Zamawiający udziela zamówienia w podziale na 4 części,
- 2) termin realizacji zamówienia dla każdej z części został określony na: od dnia podpisania umowy do dnia 31.12.2021 r. przy czym przewidywany termin wykonania usługi Zamawiający wskazał od 01.01.2019 r.
- 3) w pkt 5 OPZ Charakterystyka Gminy Piaseczno, Zamawiający wskazał dane dot. liczby nieruchomości oraz mieszkańców, a także liczby i rodzajów pojemników/kontenerów oraz ilości odebranych odpadów za poprzednie lata z zastrzeżeniem, że ilość odpadów w ciągu okresu realizacji zamówienia może ulec zmianie
- 4) Zamawiający określił następujące ilości odpadów do wyceny w ofercie:  
w sektorze I z 18556,75 Mg  
w sektorze II z 9 747,49 Mg  
w sektorze III z 24470,03 Mg
- 5) Zamawiający określił, że wynagrodzenie ustalone za realizację zamówienia będzie mieć charakter ryczałtowy – tj. w stałej wysokości niezależnie od wykonanego zakresu przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu wyroku Izba podniosła, że:

- Zamawiający uprawniony jest do dokonania wyboru sposobu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, jednakże nie oznacza to zwolnienia go z ustawowych obowiązków dotyczących opisu przedmiotu zamówienia; Zamawiający nie może wywodzić swojego uprawnienia do zaniechania zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia oferty z okoliczności ustalenia ryczałtowego wynagrodzenia za realizację usługi. Izba wskazała, że nie można zaakceptować sytuacji, w której Zamawiający będzie wymagał zaoferowania przez wykonawców niepodlegającej zmianie (poza nadzwyczajnymi sytuacjami) kwoty wynagrodzenia za realizację przedmiotu, który może podlegać nieograniczonym zmianom – a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu;
- w sytuacji, w której Zamawiający zamierza udzielić w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, przewidując ryczałtowe wynagrodzenie wykonawcy, a dokładnego zakresu przedmiotu nie jest w stanie precyzyjnie określić, to obowiązany jest do określenia maksymalnych parametrów przedmiotu



zamówienia niezbędnych do sporządzenia oferty, którymi związany będzie wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego,

- dane odnośnie nieruchomości i ich mieszkańców mają przede wszystkim wpływ na ilość odbieranych odpadów, a ta została przez izbę uznana za podstawowy parametr o jaki powinien zostać uzupełniony sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia – inaczej mówiąc – zwiększenie ilości nieruchomości i mieszkańców będzie skutkowało wcześniejszym wyczerpaniem ilości odpadów objętych wynagrodzeniem ryczałtowym.

Izba wskazała, że Zamawiający powinien uzupełnić treść SIWZ o postanowienia określające konsekwencje przekroczenia ilości odpadów, do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach zawartej umowy – konsekwencje mogą szczególności podlegać na przyznaniu wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia (w takim przypadku powinny zostać określone zasady ustalania wysokości dodatkowego wynagrodzenia) lub uznaniu umowy za wykonaną – podjęcie decyzji w powyższym zakresie Izba pozostawiła Zamawiającemu.

Izba podniosła również, że rozstrzygnięcie zawarte w pkt 2 sentencji wyroku dotyczy sytuacji, w której Zamawiający nie podejmie decyzji o braku zmiany przyjętego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy na wynagrodzenie ustalane za określoną ilość (masę) odebranych odpadów tj. w szczególności za odbiór 1 Mg odpadów – Izba uznała, że nie może narzucić Zamawiającemu przyjęcia określonego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy i nakazać zmianę na wynagrodzenie określone powyżej.

Izba w wyroku wskazała ponadto, że nie uwzględniła wniosku Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez „podanie wiarygodnych danych co do ilości zbieranych odpadów” – bowiem z oświadczeń zawartych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie – dane podane w OPZ jako dane historyczne są wiarygodne a OPZ został przygotowany w sposób rzetelny.

## II. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

W dniu 21.11.2018 r. Zamawiający upublicznił na swojej stronie internetowej zmianę SIWZ (pismo znak RZP.271.147.2018.PB.2582), którym dokonał:

- 1) **skrócenia terminu** realizacji zamówienia z 3 lat na 2 lata (termin realizacji po zmianie: od dnia podpisania umowy do dnia 31.03.2021 r. przy czym przewidywany termin wykonywania usługi – od 01.04.2019 r.),
- 2) **zwiększenia ilości** odbieranych odpadów (maksymalnej ilości):
  - w sektorze I z 18 556,75 Mg na 20 478,35 Mg czyli o 1 921,60 Mg tj o 10,36%,
  - w sektorze II z 9 747,49 Mg na 10 752,62 Mg czyli o 1 005,13 Mg tj o 10,30%,
  - w sektorze III z 24 470,03 Mg na 26 982,51 Mg czyli o 2 512,48 Mg tj o 10,27%,
- 3) zmiany wzoru umowy poprzez **wprowadzenie postanowienia: *Umowa ulegnie rozwiązaniu w przypadku przekroczenia limitu odebranych ogółem odpadów z terenu danego Sektora (...) ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, w którym nastąpiło przekroczenie tej ilości.***

Już na wstępie należy zwrócić Izbie uwagę, że Odwołujący słusznie wskazywał w odwołaniu z dnia 05.10.2018 r. na nierzetelnie sporządzony opis przedmiotu zamówienia w zakresie zaniesienia ilości odbieranych odpadów. Czynność dokonana przez Zamawiającego – skrócenie terminu realizacji zamówienia o rok przy jednoczesnym zwiększeniu ilości odpadów potwierdza zarzut z odwołania z dnia 05.10.2018 r. oraz wskazuje wprost, że Zamawiający OPZ przygotował w sposób nieprawidłowy, daleki od realiów i rzeczywistych ilości odbieranych odpadów, co w jawny sposób ma wpływ na prawidłową wycenę.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w niniejszym odwołaniu podkreślić należy, że zmiany dokonane przez Zamawiającego w OPZ czy wzorze umowy nie pociągnęły za sobą odpowiednich zmian w formularzu ofertowym.

W treści Załącznika A do SIWZ Oferta – Formularz ofertowy w pkt. 1 Zamawiający pozostawił odniesienie do wynagrodzenia miesięcznego ryczałtowego:

„oferujemy wykonanie zamówienia i zobowiązujemy się do zrealizowania zamówienia zgodnie z warunkami prowadzonego postępowania przetargowego za cenę netto..... słownie:.....  
VAT .....% w wysokości .....brutto  
..... zł miesięcznie”

Analogicznie pozostawiono bez zmian postanowienia umowne w zakresie odnoszącym się do wynagrodzenia. We wzorze umowy dla części 1-3 w § 4 w:

- 1) ust. 2 wskazano: Wynagrodzenie miesięczne Wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych Umową stanowi kwotę brutto ..... (słownie: .....), w tym obowiązujący podatek VAT (tj. 8%) w kwocie ..... zł (słownie: .....).
- 2) ust. 3 wskazano: Łączna kwota całkowitego wynagrodzenia brutto Wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych Umową nie może przekroczyć kwoty ..... zł brutto (słownie: .....), w tym obowiązujący podatek VAT (tj. 8%) w kwocie ..... zł (słownie: .....).
- 3) ust. 4: Wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ryczałtowy i obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją Umowy. Wynagrodzenie nie podlega podwyższeniu z jakiegokolwiek tytułu z zastrzeżeniem § 11 ust. 2.

W § 4 dodano ust. 17 o następującej treści:

W przypadku gdy umowa ulegnie wcześniejszemu rozwiązaniu z przyczyn określonych w § 2 ust. 2 Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia usługi zgodnie z Umową do końca miesiąca kalendarzowego, w którym nastąpiło przekroczenie limitu odpadów. W takim przypadku Wykonawcy przysługiwane będzie za ten miesiąc wynagrodzenie w wysokości określonej w § 4 ust. 2.

Zamawiający dokonując zmian w SIWZ nie określił sposobu obliczenia ceny oferty. W Załączniku A do SIWZ Oferta – Formularz ofertowy Zamawiający wymaga podania dwóch wartości tj. proponowanej przez Wykonawcę kwoty za realizację całego zamówienia oraz wartości miesięcznej. W dokumentacji zamówienia nie ma informacji, w jaki sposób wyliczyć wartość miesięczną. W ocenie Odwołującego zasadne jest zatem ustalenie całkowitej ceny brutto za usługi objęte przedmiotem zamówienia odnosząc się do maksymalnej ilości odpadów – a następnie podzielenie tej wartości przez okres realizacji zamówienia tj. 24 miesiące (przewidywany termin, zakładając, że rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi od dnia 01.04.2019 r.). Sposób obliczenia ceny oferty powinien wynikać wprost z formularza ofertowego tak, aby każdy z Wykonawców w ten sam sposób dokonał wyceny przedmiotu zamówienia (tj. w sposób aby złożone oferty były porównywalne).

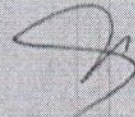
Zamawiający dokonując zmian w SIWZ nie określił sposobu rozliczenia wynagrodzenia Wykonawcy, które to zostało obliczone przez Wykonawcę jako iloczyn maksymalnej ilości odpadów wskazanej przez Zamawiającego oraz stawki za 1 tonę odebranych odpadów - w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy. Przypomnieć należy, że umowa rozwiązuje się w przypadku przekroczenia limitu wielkości odpadów – natomiast nie idzie to w parze z wynagrodzeniem, które w założeniu ma być wypłacane miesięcznie w formie ryczałtu tj. równych „ratach” - niezależne od ilości odebranych odpadów.

Postanowienie wprowadzone przez Zamawiającego: § 4 ust. 17 wzoru umowy skutkuje tym, że umowa zostaje rozwiązana nie z uwagi na wyczerpanie środków finansowych a z uwagi na wyczerpanie przewidywanej, maksymalnej ilości odebranych odpadów, przy czym w takiej sytuacji Zamawiający nie przewiduje wypłacenia Wykonawcy pozostałego wynagrodzenia, które jest należne i zostało podzielone na 24 raty.

#### Dla przykładu:

Gdyby Wykonawca w ofercie podał cenę za realizację zamówienia dla danego sektora – w kwocie: 2 400 000 PLN (dla odebrania 20 478,35 Mg odpadów), to wówczas przy realizacji zamówienia w okresie 24 miesięcy ryczałt miesięczny wyniesie: 2.400.000 PLN / 24 miesiące = 100 000 PLN/miesiąc.

W sytuacji, gdy maksymalna ilość odebranych odpadów zostanie zrealizowana w ciągu 20 miesięcy (Wykonawca zrealizował przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami umowy), to wypłacone mu przez Zamawiającego wynagrodzenie wyniesie 20 miesięcy x 100 000 PLN = 2 000 000 PLN.



Wprowadzone przez Zamawiającego postanowienie § 4 ust. 17 wzoru umowy skutkuje, tym że wynagrodzenie Wykonawcy za zrealizowanie całego, maksymalnego zakresu przedmiotu zamówienia będzie mniejsze od zadeklarowanego w ofercie o 400 000 PLN tj. o 20%. Tym samym Wykonawca wg w/w postanowień ma narazić się na poniesienie straty.

Odwolujący wskazywał w odwołaniu z dnia 05.10.2018 r. że koszt zagospodarowania odpadów jest głównym kosztem związanym z realizacją przedmiotowego zamówienia i wynosi około 70% całości ponoszonych kosztów. Mając na uwadze postanowienie § 4 ust. 17 wzoru umowy - koszt ten Wykonawca zrealizuje w zakładanej w ofercie w maksymalnej ilości odpadów choć w krótszym czasie – zamiast 24 miesięcznego okresu realizacji zamówienia, koszt ten poniesie w 20 miesięcznym okresie realizacji. Odwołujący wskazuje ponownie, że około 30% całkowitej ceny za realizację zamówienia to koszty logistyki i pozostałe koszty. Przy zwiększonej ilości odpadów w danym okresie koszty logistyki i koszty pozostałe również wzrastają. Dla odebrania większej ilości odpadów trzeba wykonać więcej opróżnień pojemników, odebrać więcej worków, przejechać więcej kilometrów (dojazdy do instalacji). Przekłada się to na dłuższy czas pracy (zwiększone koszty wynagrodzenia i zwiększone koszty paliwa). **W konsekwencji braku postanowień we wzorze umowy co do sposobu wyliczenia wartości miesięcznej usługi w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy - Wykonawca poniesie stratę, choć zakładał zysk.**

Zamawiający zdaje się nie rozumieć idei „ryczałtu” Wykonanie przez danego wykonawcę całego przedmiotu zamówienia, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, skutkuje zapłatą całego wynagrodzenia, a nie jego części – co chce uzyskać Zamawiający.

Zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 17 wzoru umowy: *W przypadku gdy umowa ulegnie wcześniejszemu rozwiązaniu z przyczyn określonych w § 2 ust. 2 Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia usług zgodnie z Umową do końca miesiąca kalendarzowego.*

Odnosząc się do przykładu wskazanego powyższej, nie dość, że Wykonawca poniesie stratę z tytułu odbioru i zagospodarowania odpadów w maksymalnej przewidzianej przez Zamawiającego ilości ale w krótszym okresie czasu, to jeszcze po odbiorze maksymalnej ilości, będzie dla Zamawiającego świadczyć całkowicie bezpłatnie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów ponad maksymalną przewidzianą ilość – bowiem związany jest postanowieniami umowy do końca miesiąca kalendarzowego w którym nastąpiło przekroczenie limitu odpadów.

Zamawiający zdaje się nie rozumieć pojęcia „maksymalna” ilość odpadów czy też „limit” odpadów.

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego ([www.sjp.pwn.pl](http://www.sjp.pwn.pl)):

- maksymalny oznacza: «**możliwie najwyższy lub największy**»
- limit oznacza: «**nieprzekraczalna granica czegoś, najwyższa dopuszczalna ilość czegoś**»

Uwzględniając zasady logicznego rozumowania, po przekroczeniu maksymalnej przewidzianej przez Zamawiającego ilości odebranych odpadów (limitu odpadów) umowa winna ulec rozwiązaniu w dniu tego przekroczenia a Wykonawcy winno być wypłacone pozostałe w umowie wynagrodzenie, które wyliczył w ofercie w oparciu o te ilości.

Postanowienie § 4 ust. 17 wzoru umowy powinno mieć zatem następującą treść:

***W przypadku gdy umowa ulegnie wcześniejszemu rozwiązaniu z przyczyn określonych w § 2 ust. 2 Wykonawca zaprzestaje świadczenia usług w dniu, w którym nastąpiło przekroczenie limitu odpadów. W takim przypadku Wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie w wysokości określonej jako różnica pomiędzy wynagrodzeniem określonym w §4 ust. 3 a wynagrodzeniem dotychczas wypłaconym przez Zamawiającego.***

Analogicznie, należałoby ukształtować postanowienie § 2 ust. 2, które powinno otrzymać następującą treść:  
***Umowa ulegnie wcześniejszemu rozwiązaniu w przypadku przekroczenia limitu odebranych ogółem odpadów z terenu danego Sektora tj Sektor I\* – 20 478,35 Mg, Sektor II\* – 10 752,62 Mg,***

**Sektor III\* – 26 982,51 Mg. \*(niepotrzebne skreślić) ze skutkiem na dzień, w którym nastąpiło przekroczenie tej ilości.**

Dla przypomnienia wskazać należy, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 22.10.2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza zaproponowała Zamawiającemu rozważenie innej możliwości rozliczenia za wykonaną usługę poprzez przyjęcie rozliczenia od tony odebranych odpadów, albo przyjęcie, że miesięczny ryczał będzie ustalony dla ściśle ustalonych parametrów tj. wagi przywiezionych odpadów w danym miesiącu i ustaleniu sposobu wynagrodzenia za realizację usługi ponad ten ustalony tonaż lub przyjęcie zakończenie umowy: **Zamawiający powinien uzupełnić treść SIWZ o postanowienia określające konsekwencje przekroczenia ilości odpadów, do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach zawartej umowy – konsekwencje mogą szczególności podlegać na przyznaniu wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia (w takim przypadku powinny zostać określone zasady ustalania wysokości dodatkowego wynagrodzenia) lub uznaniu umowy za wykonaną.**

Zamawiający zdecydował się wybrać ostatnią propozycję Izby, wprowadzając zmianę w dokumentacji postępowania jednak tylko co do momentu zakończenia umowy – tj. w sytuacji gdy maksymalny tonaż zostanie zrealizowany. Izba nie wskazała, jak ma wówczas wyglądać ostateczne rozliczenie wynagrodzenia – to i Zamawiający również uznał, że rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy jest zbędne. Zamawiający tym samym nie zmodyfikował żadnych postanowień w tym zakresie, zwłaszcza w zał. A do SIWZ – Formularzu oferty, w którym to załączniku Zamawiający, przy wyborze takiego sposobu wynagrodzenia, obowiązany był wprowadzić zmiany które umożliwiłyby prawidłowe wypełnienie formularza oferty i proponowały sposób rozliczenia się z Wykonawcą gdy zaistnieje sytuacja wcześniejszego przekroczenia limitu odebranych odpadów.

Odwołujący pragnie zwrócić Izbie uwagę, że **to już trzecie odwołanie** w sprawie tego samego zamówienia tj. odbioru odpadów komunalnych z Gminy Piaseczno. Pierwsze postępowanie po wniesieniu odwołania zarzucające Zamawiającemu:

- brak informacji, które powinny być zawarte w OPZ a pozwalające skalkulować cenę oferty,
- nieprawidłowości w systemie punktowania oferty wykonawcy,
- błąd w dokumentacji przetargowej,

Zamawiający unieważnił, a postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą zostało umorzone.

W dokumentacji drugiego postępowania Zamawiający uwzględnił znaczącą ilość zarzutów zawartych w odwołaniu do pierwszego postępowania, zwłaszcza w OPZ i sposobie oceny oferty i wymogach, jednakże nie uwzględnił zarzutów dotyczących sposobu wynagrodzenia.

Zarzuty dotyczące sposobu wynagrodzenia zostały podniesione w odwołaniu z dnia 05.10.2018 r.

Zamawiający w dniu 21.11.2018 r. zmodyfikował częściowo postanowienia SIWZ lecz nie uwzględniając skutków wprowadzonych zmian, doprowadził do sytuacji, że nie można prawidłowo wypełnić formularza ofertowego (wycenić przedmiotu zamówienia) w sytuacji gdy ilość odpadów przekroczy zakładany tonaż.

Bez dokonania zmian wzoru formularza oferty (zał. A do SIWZ) Wykonawca ponosił będzie stratę jako karę za zrealizowanie w całości przedmiotu zamówienia (do jego maksymalnej przewidzianej przez Zamawiającego ilości odpadów) zaś Zamawiający uzyska nielanęzną korzyść (bezpodstawne wzbogacenie poprzez świadczenie usług na rzecz Zamawiającego po przekroczeniu maksymalnych ilości odebranych odpadów).

**Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że Zamawiający jedynie częściowo wykonał wyrok KIO z dnia 22.10.2018 r.**

Zgodnie z postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2011 r., KIO 160/11: *Wykonawca może wnieść odwołanie na czynność zamawiającego, która została dokonana niezgodnie z wyrokiem Izby lub wobec zaniechania wykonania czynności zgodnie z wyrokiem Izby.*





Niedopuszczalna jest zatem sytuacja częściowego wykonania wyroku KIO albo wykonania wyroku sprzecznie z sentencją. Podkreślić w tym miejscu należy, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 22.10.2018 r. nie ma przyzwolenia aby w sytuacji wcześniejszego wykonania przedmiotu zamówienia Zamawiający mógł obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy, w uzasadnieniu wskazano wprost: **Zamawiający powinien uzupełnić treść SIWZ o postanowienia określające konsekwencje przekroczenia ilości odpadów, do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach zawartej umowy – konsekwencje mogą szczególności podlegać na przyznaniu wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia (w takim przypadku powinny zostać określone zasady ustalania wysokości dodatkowego wynagrodzenia) lub uznaniu umowy za wykonaną.** Uwzględniając powyższe w sytuacji wcześniejszego odbioru maksymalnej ilości odpadów przez Wykonawcę, należne jest całe wynagrodzenie a jedynie okres realizacji zamówienia ulega skróceniu do momentu przekroczenia ilości maksymalnej odpadów.

Sytuacja, w której Wykonawca ma bez należnego wynagrodzenia świadczyć usługi w krótszym okresie czasu zrealizowane do maksymalnej ilości odpadów, jak i ponad tą ilość wobec przymusu świadczenia usług do końca miesiąca kalendarzowego, w którym osiągnięta została maksymalna ilość odpadów, jest niespotykana wręcz w skali całej Polski w tożsamych zamówieniach.

Ewidentnie Zamawiający nie ma chęci do przygotowania dokumentacji postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami i przy poszanowaniu zasad współzycia społecznego oraz z uwzględnieniem racjonalnych propozycji wskazywanych przez potencjalnych Wykonawców. Zamawiający wręcz podejmuje działania w celu uzyskania nienależnych korzyści (bezpodstawne wzbogacenie) co świadczy o niezachowaniu należytej staranności w przygotowaniu dokumentacji postępowania – zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 PZP co świadczy o świadomym naruszeniu tych przepisów.

Wskazać należy, iż ustawa PZP nie przewiduje terminu, w jakim Zamawiający zobowiązany jest wykonać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Można jednak sformułować tezę (zasadę), że wyrok KIO są wykonalne z dniem ich ogłoszenia. **Zaniechania Zamawiającego w tym zakresie należy zatem ocenić jako naruszające nie tylko dobre obyczaje, ale także podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.**

Z tych wszystkich względów biorąc pod uwagę przedstawione zarzuty powyżej należy wskazać, iż odwołanie jest zasadne, bowiem ochrona praw Odwołującego w postępowaniu realizowana za pomocą środków ochrony prawnej winna zapewnić udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumenty przedstawione na uzasadnienie zarzutów wskazują, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia powyższych zasad.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) Pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej
- 2) Odpis z rejestru przedsiębiorców Odwołującego.
- 3) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 4) Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Rada Pralony  
Justyna Szulc  
nr wpisu WA-7530