

WYROK
z dnia 12 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant: **Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2018 r. przez wykonawcę **AGCOMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Miasta i Gminy Piaseczno, ul. Kościuszki 5, 05500 Piaseczno** przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o.**

z siedzibą w Piasecznie, ul. Techniczna 6, 05-500 Piaseczno zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać dokonanie:

zmiany treści SIWZ w zakresie takim, aby zamawiający miał obowiązek dokonania zapłaty za rzeczywiście wykonane świadczenie w razie rozwiązania umowy.

#x200e2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Piaseczno, Urząd Miasta i Gminy w Piasecznie, ul. Kościuszki 5 05-500 Piaseczno

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AGCOMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od zamawiającego **Gmina Piaseczno, Urząd Miasta i Gminy**

w Piasecznie, ul. Kościuszki 5 05-500 Piaseczno kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018 oraz z 2018 r. poz. 1560 i 1693) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Piaseczno, Urząd Miasta i Gminy w Piasecznie, ul. Kościuszki 5 05500 Piaseczno wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »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«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26.09.2018 r. pod nrem 2018/S 185-418360.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018 oraz z 2018 r. poz. 1560 i 1693) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

21.11.2018 r. zamawiający zmienił SIWZ.

Wykonawca AGComplex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Płytowa 14, 03046 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł 30.11.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie. Odwołanie dotyczy czynności, której zamawiający nie wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO z 22 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2030/18.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez 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) art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp przez brak określenia w SIWZ sposobu obliczenia ceny oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ przez 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 postanowień SIWZ 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 tym odwołujący wnosi o nadanie brzmienia następujących postanowień umowy:

Argumentacja odwołującego

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* – 10 752,62Mg, Sektor III* – 26 982,51 Mg.

*(niepotrzebne skreślić) ze skutkiem na dzień, w którym nastąpiło przekroczenie tej ilości”.

Jednocześnie odwołujący podnosi, że odwołanie zostało złożone w terminie, bo 21.11.2018 r. zamawiający upublicznił na stronie internetowej informację o zmianie treści SIWZ powołując się na wyrok KIO z 22 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2030/18.

I. STAN FAKTYCZNY

5.10.2018 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 o ilości zbieranych odpadów;
- 2) ustalenia sposobu obliczenia ceny przez wymóg podania przez wykonawców ceny za odbiór 1 Mg odpadów ewentualnie wprowadzenie ścisłych postanowień określających co obejmuje ryczałt (tonaż, częstotliwość odbioru, rodzaj odpadów, które posesje) oraz wprowadzenie dodatkowej ceny w sytuacji, gdy liczba opróżnień, tonaż i inne parametry przekroczą wielkości, które są ujęte w ryczałcie.

22.10.2018 r. w sprawie KIO 2030/18, KIO wydała wyrok w którym m.in. KIO 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 przez 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 od dnia podpisania umowy do 31.12.2021 r., przy czym przewidywany termin wykonania usługi zamawiający wskazał od 1.01.2019 r.;
- 3) w pkt 5 OPZ Charakterystyka Gminy Piaseczno, zamawiający wskazał dane dot. liczby nieruchomości oraz mieszkańców, a także liczby i rodzajów pojemników lub 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 18 556,75 Mg, w sektorze II z 9 747,49 Mg w sektorze III z 24 470,03 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:

- 1) zamawiający uprawniony jest do dokonania wyboru sposobu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, jednak nie oznacza to zwolnienia zamawiającego 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 zaofiarowania przez wykonawców niepodlegającej zmianie (poza nadzwyczajnymi sytuacjami) kwoty wynagrodzenia za realizację przedmiotu, który może podlegać nieograniczonym zmianom – a taka sytuacja występuje w rozpoznawanym postępowaniu;
- 2) 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;
- 3) dane odnośnie do nieruchomości i ich mieszkańców mają przede wszystkim wpływ na ilość odbieranych odpadów, a ta została przez Izbę uznana za podstawowy parametr, o który powinien zostać uzupełniony sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia – inaczej mówiąc – zwiększenie liczby nieruchomości i mieszkańców będzie skutkowało wcześniejszym wyczerpaniem ilości odpadów objętych wynagrodzeniem ryczałtowym.

Izba w wyroku KIO 2030/18 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 szczególnie 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 ustalone 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 przez „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

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 31.03.2021 r., przy czym przewidywany termin wykonywania usługi – od 1.04.2019 r.);
- 2) zwiększenia ilości odbieranych odpadów (maksymalnej ilości):
 - a) w sektorze I z 18 556,75 Mg na 20 478,35 Mg czyli o 1 921,60 Mg tj. o 10,36%,
 - b) w sektorze II z 9 747,49 Mg na 10 752,62 Mg czyli o 1 005,13 Mg tj. o 10,30%,
 - c) 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 przez 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«.

Odwolujący słusznie wskazywał w odwołaniu z 5.10.2018 r. na nierzetelnie sporządzony OPZ w zakresie zaniżenia ilości odbieranych odpadów. Czynność dokonana przez zamawiającego – skrócenie terminu realizacji zamówienia o rok przy jednoczesnym zwiększeniu ilości odpadów potwierdza zarzut z odwołania z 5.10.2018 r. oraz wskazuje wprost, że zamawiający przygotował OPZ w sposób nieprawidłowy, daleki od realiów i rzeczywistych ilości odbieranych odpadów, co w jawny sposób ma wpływ na prawidłową wycenę.

Zmiany dokonane przez zamawiającego w OPZ czy wzorze umowy nie pociągnęły za sobą odpowiednich zmian w formularzu ofertowym.

W pkt 1 Załącznika A do SIWZ Oferta – Formularz ofertowy 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 zamawiający pozostawił bez zmian postanowienia umowne w zakresie odnoszącym się do wynagrodzenia. We wzorze umowy dla części 1-3 w § 4 w:

- 1) *ust. 2: zamawiający wskazał: Wynagrodzenie miesięczne wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych Umową stanowią kwotę brutto _____ (słownie: _____), w tym obowiązujący VAT (tj. 8%) w kwocie _____ zł (słownie: _____);*
- 2) *ust. 3: zamawiający wskazał: Łączna kwota całkowitego wynagrodzenia brutto wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych Umową nie może przekroczyć kwoty _____ zł brutto (słownie: _____), w tym obowiązujący 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 zamawiający dodał 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 przysługiwać 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 1.04.2019 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 Mg 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 ww. postanowień ma narazić się na poniesienie straty.

Odwolujący wskazywał w odwołaniu z 5.10.2018 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

wzorce 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 usługi zgodnie z Umową do końca miesiąca kalendarzowego«.

Odnosząc się do przykładu – 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 maksymalnie przewidzianą ilość, bo wykonawca związany będzie 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 (:): maksymalny oznacza:

1) »możliwie najwyższy lub największy«;

2) 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 powinna ulec rozwiązaniu w dniu tego przekroczenia, a wykonawcy powinno 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* – 10 752,62Mg, Sektor III* – 26 982,31 Mg. *(niepotrzebne skreślić) ze skutkiem na dzień, w którym nastąpiło przekroczenie tej ilości.«.

W uzasadnieniu wyroku z 22 października 2018 r. KIO zaproponowała zamawiającemu rozważenie innej możliwości rozliczenia za wykonaną usługę przez przyjęcie rozliczenia od 1 Mg odebranych odpadów albo przyjęcie, że miesięczny ryczałt będzie ustalony dla ściśle ustalonych parametrów tj. wagi przewiezionych 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 których odbioru i zagospodarowania 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.

Odwolujący 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:

1) brak informacji, które powinny być zawarte w OPZ i pozwalające skalkulować cenę oferty,

2) nieprawidłowości w systemie punktowania oferty wykonawcy,

3) błąd w dokumentacji przetargowej,

– Zamawiający unieważnił, a postępowanie odwoławcze przed KIO zostało umorzone.

W dokumentacji drugiego postępowania zamawiający uwzględnił znaczącą liczbę 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 05.10.2018 r. Zamawiający 21.11.2018 r. zmodyfikował częściowo postanowienie 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 będzie ponosić stratę jako karę za zrealizowanie w całości przedmiotu zamówienia (do jego maksymalnej przewidzianej przez zamawiającego ilości odpadów), zaś zamawiający uzyska nienależną korzyść (bezpodstawne wzbogacenie przez świadczenie usług na rzecz zamawiającego po przekroczeniu maksymalnych ilości odebranych odpadów).

Odwolujący podkreślił, że zamawiający jedynie częściowo wykonał wyrok KIO 2030/18 z 22 października 2018 r.

Zgodnie z postanowieniem KIO z 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. W uzasadnieniu wyroku KIO z 22 października 2018 r. nie ma przyzwolenia aby w sytuacji wcześniejszego wykonania przedmiotu zamówienia zamawiający mógł obniżyć wynagrodzenie wykonawcy; w uzasadnieniu KIO wskazała wprost: *zamawiający powinien uzupełnić treść SIWZ o postanowienia określające konsekwencje przekroczenia ilości odpadów, do których odbioru i zagospodarowania 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 będzie świadczyć usługi w krótszym okresie czasu zrealizowane do maksymalnej ilości odpadów, jak i ponad tę ilość wobec przymusu świadczenia usług do końca miesiąca kalendarzowego, w którym osiągnięta została maksymalna ilość odpadów, jest niespotykana wręcz w skali całej Polski w podobnych zamówieniach.

Ewidentnie zamawiający nie ma chęci do przygotowania dokumentacji postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami i przy poszanowaniu zasad współżycia 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.

Ustawa Pzp nie przewiduje terminu, w jakim zamawiający zobowiązany jest wykonać wyrok KIO. Można jednak sformułować tezę (zasadę), że wyroki 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, że odwołanie jest zasadne, bo ochrona praw odwołującego w postępowaniu realizowana za pomocą środków ochrony prawnej powinna zapewnić udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumenty przedstawione na uzasadnienie zarzutów wskazują, że zamawiający dopuścił się naruszenia powyższej zasady.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 30.11.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

30.11.2018 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie informację o wniesieniu odwołania (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

03.12.2018 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie, ul. Techniczna 6, 05500 Piaseczno złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 11.12.2018 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o odrzuceniu odwołania zgodnie z art. 198 ust. 2 pkt 5 Pzp. Zamawiający także wniósł o oddalenie odwołania w przypadku nieodrzućenia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu.

W kwestii zastrzeżeń zamawiającego do terminu wniesienia odwołania Izba stwierdza, że – zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp – bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczyna się od momentu, w którym zainteresowany uzyskał lub przy zachowaniu należytej staranności zainteresowany mógł uzyskać wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp brzmi »Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się [...] w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia«.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający zmienił SIWZ na skutek wykonania wyroku Izby z 22 października 2018 r., sygn. akt KIO 2340/18. Dlatego bieg terminu nie odnosi się do daty pierwotnego ustanowienia SIWZ, ale do daty zmiany SIWZ. Jednak zdaniem Izby odwołanie, mimo że dotyczy zmiany SIWZ, nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, który to przepis brzmi »Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że [...] odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu«.

Zdaniem Izby odwołanie dotyczy nie samej treści zmian SIWZ wynikających z wykonania wyroku Izby, ale kwestii pominiętych przez zamawiającego w zmianach SIWZ, a które to zagadnienia były poruszane w przytaczanym wyroku, cyt. »Zamawiający powinien uzupełnić treść SIWZ o postanowienia określające konsekwencje przekroczenia ilości odpadów, do których odbioru i zagospodarowania wykonawca będzie zobowiązany w ramach zawartej umowy. Konsekwencje, o których mowa powyżej, mogą w szczególności polegać 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 pozostawia Zamawiającemu«.

W rozpoznawanej zmianie SIWZ zamawiający nie wykonał więc wszystkich ciężących na zamawiającym obowiązków, które wynikały z cytowanego wyroku. Jednak nawet gdyby Izba nie zawarła w wyroku wszystkich wskazanych zaleceń, to i tak zamawiający byłby obowiązany do doprowadzenia treści SIWZ do wewnętrznej zgodności, a także do zgodności SIWZ z przepisami prawa, gdyż to na zamawiającym ciąży obowiązek sporządzenia właściwej SIWZ, na której podstawie może zostać przeprowadzone postępowanie zamówieniowe.

Dlatego Izba nie mogła odrzucić odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia SIWZ oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp – przez brak określenia w SIWZ sposobu obliczenia ceny oferty – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zamawiający ustanowił w SIWZ ryczałtowy sposób rozliczania za wykonanie zamówienia, co nie jest sporne w postępowaniu. Dlatego zamawiający powinien zastosować się w szczególności do art. 632 § 1 Kc, który

brzmi »Jeżeli strony umowy się

o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac«. Przepis ten stosuje się zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«. W związku z tym należy pojęcie »wynagrodzenie ryczałtowe« odczytywać tak jak jest ono rozumiane w przepisach Kodeksu cywilnego. Pojęcie to zostało odpowiednio nakreślone w wyroku KIO 2030/18, a szczególnie w cytacie z K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny* T. II. Komentarz. Art. 4501088. Przepisy wprowadzające, Wyd. 9, Warszawa 2018 r.), cyt. »Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry [...]. [...] W zasadzie ryzyko straty ponosi tu przyjmujący zamówienie [wykonawca – przyp. Izby]. Zamawiający nie może nigdy żądać obniżenia umówionego ryczałtu«. Dlatego tak wykonawca nie może żądać zmiany [podwyższenia] umówionej ceny ryczałtowej ani wykonawca nie może żądać zmniejszenia umówionego świadczenia, jak i z drugiej strony zamawiający nie może żądać zmniejszenia świadczenia pieniężnego ani zmiany zakresu [podwyższenia] świadczenia niepieniężnego. W związku z tym – zdaniem Izby – nie jest do zaakceptowania nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, tak że może ono zostać spełnione kilka miesięcy wcześniej przy jednoczesnym zmniejszeniu ceny o kilka miesięcznych rat.

Obecnie Izba musi podkreślić, że w wyroku KIO 2030/18 Izba nakazała przewidzieć

w SIWZ konsekwencje przekroczenia ilości odpadów w postaci przyznania wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia lub uznania umowy za wykonaną, ale w żadnym przypadku Izba nie dała zamawiającemu uprawnienia do zmniejszenia wynagrodzenia. Jednak w razie przekroczenia ilości odpadów zamawiający bezpodstawnie wybrał opcję rozwiązania umowy i jednoczesnego zaniechania wypłacenia części należnego wynagrodzenia.

Ze względu na dosyć dokładne monitorowanie ilości odpadów w określonym czasie przez obie strony umowy (zamawiającego i przyszłego wykonawcę), co nie jest sporne, strony powinny przewidzieć wcześniej dosyć dokładny termin ilościowego spełnienia świadczenia niepieniężnego. Dlatego nie ma uzasadnienia stanowisko zamawiającego, aby mimo spełnienia świadczenia niepieniężnego jeszcze wymagać kontynuowania świadczenia do końca miesiąca, w którym nastąpiło spełnienie ilościowego świadczenia.

Z kolei nie ma też uzasadnienia żądanie jednorazowego wypłacenia reszty należności pieniężnych w momencie przekroczenia ilości odpadów. Izba stoi na stanowisku, że w takiej sytuacji nic nie stoi na przeszkodzie, aby – mimo spełnienia ilościowego świadczenia – zamawiający w umówionym tempie spełniał swoje świadczenie pieniężne w umówionych, miesięcznych kwotach ratalnych aż do całkowitego wypłacenia pełnego wynagrodzenia ryczałtowego.

Jednocześnie Izba musi stwierdzić, że w rozpoznawanym przypadku nie można nakazać zamawiającemu dokonania – żadanego przez odwołującego – wprowadzenia konkretnych postanowień do SIWZ, gdyż zamawiający może doprowadzić swoją SIWZ do zgodności

z przepisami ustawy różnymi środkami, których wybór leży w wyłącznej gestii zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdza, że zarzut drugi naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp – przez brak określenia w SIWZ sposobu obliczenia ceny oferty – zasługuje na uwzględnienie i Izba nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ w zakresie takim, aby zamawiający miał obowiązek dokonania zapłaty za rzeczywiście wykonane świadczenie w razie rozwiązania umowy ze względu na ilościowe wykonanie umowy, co było przedmiotem rozpoznania Izby.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp – przez 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 – nie został w żaden sposób uzasadniony w odwołaniu, czyli nie został dowiedziony przez odwołującego i dlatego nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. Nr 972).

Przewodniczący:.....