

UZP/DKZP/KND/37/19

Informacja o wyniku kontroli doraźnejOkreślenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

| | |
|------------------------------|---|
| Zamawiający: | Miejski Zakład Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. ul. Łukasiewicza 4 05-200 Wołomin |
| Rodzaj zamówienia: | usługi |
| Przedmiot zamówienia: | „odbiór i zagospodarowanie odpadów z Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. w latach 2017-2019” – część III: „zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 200301 w regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych w regionie warszawskim” |
| Tryb postępowania: | przetarg nieograniczony |
| Wartość zamówienia: | 27.241.500,00 zł, co stanowiło równowartość 6.525.066,47 euro część III – 24.660.000,00 zł, co stanowiło równowartość 5.906.728,30 euro |
| Data wszczęcia postępowania: | 23 sierpnia 2016 r. |
| Środki UE: | nie |

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”, poprzez negocjacje dotyczące zaoferowanego wynagrodzenia i warunków odstąpienia od umowy przez wykonawcę, a następnie: art. 144 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do umowy nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r. istotnych zmian w powyższym zakresie bez wystąpienia ku temu ustawowych przesłanek;
2. art. 41 pkt 7a oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), dalej: „rozporządzenie”, poprzez zaniechanie umieszczenia w wykazie oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak wystąpienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu: informacji Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp oraz oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716) – które to naruszenia nie wpłynęły na wynik przedmiotowego postępowania;
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ██████████ do uzupełnienia treści oświadczenia nr 2 do SIWZ w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, dalej „JEDZ”, które to naruszenie nie wpłynęło na wynik przedmiotowego postępowania.

UZASADNIENIE

Ad 1. Zgodnie z rozdziałem III SIWZ, przedmiotem zamówienia był „Odbiór i zagospodarowanie odpadów z Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. w latach 2017-2019”. Postępowanie prowadzone było w następujących częściach:

- I. Odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 191210 - odpady palne (paliwo alternatywne);
- II. Odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie: 15 01 01 - opakowania z papieru i tektury i 15 01 02 - opakowania z tworzyw sztucznych pochodzących z selektywnej zbiórki;
- III. Zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 w regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych w regionie warszawskim.

W zakresie części III postępowania wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje przewidywaną do zagospodarowania ilość odpadów łącznie, w całym okresie trwania umowy: 72 000 Mg. Przyjęcie odpadów do zagospodarowania może nastąpić jedynie przez instalację przetwarzania odpadów posiadającą status Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych zlokalizowaną w Regionie Warszawskim w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu lub odzysku oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z treścią ustawy z dnia 13.09.1996 r. „o utrzymaniu czystości i porządku w Gminach” (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.) oraz wojewódzkiego planu gospodarki odpadami przyjętego Uchwałą Sejmiku Województwa Mazowieckiego NR 2011/12 z dnia 22.10.2012 r. ze zmianami WPGO dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 wraz z załącznikami. Odpady do instalacji zostaną dostarczone przez Zamawiającego.

Jednocześnie, Zamawiający zastrzegł, że wykonawca musi posiadać instalację wskazaną w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Mazowieckiego jako Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych (dalej w skrócie również „RIPOK”) dla regionu Warszawskiego (rozdział III pkt 3 SIWZ).

Zgodnie z rozdziałem IV SIWZ, termin realizacji zamówienia został określony od 01 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2019 r. lub do wyczerpania maksymalnej kwoty zamówienia wskazanej w umowie.

W rozdziale XII pkt 1 SIWZ wskazano, że wykonawca deklaruje w ofercie cenę obejmującą wszystkie zobowiązania i koszty konieczne do należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia w części na którą składana jest oferta. Natomiast, w pkt 5 zastrzeżono: przyjmuje się, że Wykonawca upewnił się co do prawidłowości i kompletności oferty oraz cen które powinny pokryć wszystkie jego zobowiązania finansowe i koszty konieczne do należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia w części na którą składana jest oferta oraz usunięcia ewentualnych usterek w okresie gwarancyjnym i rękojmi. Żadne nie doszacowanie, pominięcie, brak rozpoznania nie może być podstawą do żądania podwyższenia cen ofertowych określonych w ofercie.

Zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ, za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach: cena brutto – 98 %, odległość instalacji od centrum Wołomina – 2 %.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 27 września 2016 r. do godz. 12:00, a termin otwarcia w tym samym dniu o godz. 12:15. Termin związania ofertą wynosił 60 dni.

W rozdziale XVI pkt 1 SIWZ podano, że istotne dla stron postanowienia treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierają projekty umów odpowiednio dla każdej części zamówienia – w przypadku części III postępowania wzór umowy stanowił załącznik nr 3.3 SIWZ. Postanowienia umowy ustalone w projekcie nie podlegały negocjacom (pkt 2), Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w stosunku do treści ofert tylko w przypadkach i na warunkach określonych w projekcie umowy stanowiącym integralną część SIWZ (pkt 5). Ponadto wskazano, że przyjęcie przez Wykonawcę postanowień projektu umowy stanowi jeden z warunków ważności oferty (pkt 3), a akceptacja treści umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia następuje poprzez złożenie przez Wykonawcę oświadczenia o zapoznaniu się z projektem umowy i jego akceptacji (pkt 4).

Wzór umowy stanowiący załącznik nr 3.3 do SIWZ zawierał następujące zapisy:

§ 1.

Przedmiot Umowy

Przedmiotem Umowy jest sukcesywne przyjmowanie przez Wykonawcę do zagospodarowania:

niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01

w ilości do 72 000 Mg

przez instalacje przetwarzania odpadów zlokalizowane w Rejonie Warszawskim posiadające status RIPOK w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu i odzysku oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z treścią ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (j.t. Dz. U z 2013 r. poz. 1399) oraz Wojewódzkiego Planu Gospodarowania Odpadami przyjętego Uchwałą Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22.10.2012 r. ze zmianami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 wraz z załącznikami.

§ 2.

Faktyczne zapotrzebowanie

Wskazane w §1 ilości odpadów stanowią wielkości maksymalne przyjęcia przez Wykonawcę w okresie trwania umowy. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia ilości przekazywanych odpadów, w zależności od faktycznych potrzeb, bez prawa Wykonawcy do roszczeń odszkodowawczych z tego tytułu.

(...)

§ 4.

Wynagrodzenie

1. Maksymalną wartość Umowy stanowi cena ofertowa wyrażająca się kwotą zł. brutto (słownie: złotych brutto /100), w tym:

- wartość netto zł

- stawka podatku VAT %

- Kwota podatkuzł

2. Wartość Umowy nie stanowi faktycznego, łącznego wynagrodzenia Wykonawcy, które podyktowane jest faktycznym zapotrzebowaniem, o którym stanowi § 2 Umowy.

(...)

4. Ceny jednostkowe określone w Umowie pozostają niezienne w okresie obowiązywania umowy.

§ 6.

Odstąpienie od Umowy. Rozwiązanie Umowy.

Okres obowiązywania umowy

1. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w przypadku określonym w art. 145 ustawy.

2. Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo do odstąpienia od Umowy w trybie natychmiastowym, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jeżeli:

2.1. Wykonawca nie rozpoczął wykonywania usługi na żądanie Zamawiającego i nie wykonuje ich pomimo kolejnego wezwania.

2.2. Wykonawca nie realizuje usługi w sposób zgodny z opisem przedmiotu zamówienia i został dwukrotnie pisemnie poinformowany o tym przez Zamawiającego i wezwany do przestrzegania warunków określonych w przedmiocie zamówienia.

2.3. Wykonawca zgłosił upadłość działalności gospodarczej objętej umową.

2.4. Został wydany nakaz zajęcia majątku Wykonawcy, uniemożliwiający realizację umowy

3. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonanie umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach.

W takim przypadku Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonanej części umowy.

4. Jako siły wyższe uznane zostają: klęski żywiołowe, powódź, katastrofy transportowe, pożar, eksplozje, wojna, strajk i inne nadzwyczajne wydarzenia, których zaistnienie leży poza zasięgiem

i kontrolą układających się stron.

7. Jeżeli umawiające się strony nie mają możliwości wywiązania się z uzgodnionych terminów z powodu siły wyższej, to zachowują one prawo do wnioskowania o przesunięcie terminów wykonania prac o czas trwania wydarzenia i o czas usunięcia jego skutków.

8. Strony są zobowiązane do powiadomienia się nawzajem w formie pisemnej w ciągu 3 dni o wystąpieniu i zakończeniu zdarzenia określonego jako „siła wyższa” wraz z odpowiednimi dowodami i wnioskami.

9. **Umowa zostaje zawarta na okres od dniar. do dniar.** lub do wyczerpania maksymalnej kwoty wynagrodzenia wskazanej w Umowie - w zależności od tego które z tych zdarzeń nastąpi pierwsze.

(...)

§ 8

Postanowienia końcowe

(...)

7. Wszelkie zmiany i uzupełnienia treści Umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności z zastosowaniem art. 144 Ustawy Prawo Zamówień publicznych.

8. Zgodnie z art.142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia istotnej zmiany Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy:

a) w przypadku zmiany:

- ustawowej zmiany stawki podatku VAT,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

9. Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia istotnej zmiany Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadku wystąpienia oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych w treści Umowy.

(...)

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części III oferty złożyło 3 wykonawców:

1. ██████████ za cenę w kwocie 19.400.000,00 zł, cena jednostkowa: 270,00 zł, odległość instalacji od centrum Wołomina: 29,4 km;
2. ██████████ za cenę w kwocie: 19.984.320,00 zł, cena jednostkowa: 277,56 zł, odległość instalacji od centrum Wołomina: 36 km;

3. [REDACTED] za cenę w kwocie 19.206.720,00 zł, cena jednostkowa: 266,76 zł, odległość instalacji od centrum Wołomina: 26,4 km.

W terminie składania ofert za ofertę najwyższej ocenioną w zakresie części III należy uznać ofertę złożoną przez Wykonawcę [REDACTED]. Jednakże, pismem z dnia 25 listopada 2016 r. ww. Wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co stanowiło podstawę do odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp.

Pismem z dnia 17 listopada 2016 r. Wykonawca [REDACTED] wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni oraz przedłużył ważność wadium wpłaconego w formie pieniężnej.

Oferta Wykonawcy [REDACTED] została uznana za ofertę najwyższej ocenioną, co skutkowało wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp ww. Wykonawcy do złożenia dokumentów, o których mowa w rozdziale VI pkt 5 SIWZ w terminie do 9 grudnia 2016 r.

W piśmie z dnia 7 grudnia 2016 r., Wykonawca [REDACTED] wskazał:

W związku z wezwaniem do złożenia dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów z Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. w latach 2017-2019”, dla Części III, sygnalizuję, iż w przypadku wyboru mojej oferty jako najkorzystniejszej, będę wnioskował o negocjacje warunków umowy, której wzór stanowi załącznik nr 3.3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w tym postępowaniu.

W dniu 27.09.2016 r. złożyłem ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W jej kalkulacji uwzględnione zostały obowiązujące stawki opłat wynikające z przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Tymczasem, pismem z dnia 28.11.2016 r. Minister Środowiska przekazał do konsultacji społecznych projekt rozporządzenia Rady Ministrów zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska.

Projekt przewiduje wejście w życie nowej regulacji z dniem 1 stycznia 2018 roku.

Umowa, która ma być zawarta w wyniku prowadzonego przez Państwa postępowania nr ZP/6/2016, ma obowiązywać w okresie: 1.01.2017 r. – 31.12.2019 r. W związku z powyższym jej realizacja w brzmieniu zawartym w załączniku nr 3.3 do SIWZ, wg oferowanych przeze mnie cen, będzie nierentowna. Powyższe należy traktować jako nadzwyczajną zmianę okoliczności, której oferent nie mógł przewidzieć. Na dzień złożenia oferty, jak też na dzień wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, założenia w/w rozporządzenia nie mogły mi być znane. W związku z tym, w przypadku wyboru mojej oferty w postępowaniu, proponuję negocjacje warunków umowy w zakresie zmiany cen lub możliwości rozwiązania umowy po wejściu w życie przywołanego rozporządzenia.

W związku z powyższym, pismem z dnia 9 grudnia 2016 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

W odpowiedzi na Państwa pismo, z dnia 7 grudnia 2016 roku dotyczącego oferty w postępowaniu ZP/6/2016 Miejski Zakład Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. informuje, iż na dzień dzisiejszy na etapie prowadzonego postępowania nie jest możliwa zmiana warunków umowy stanowiącej załącznik nr 3.3 do SIWZ.

Jednocześnie przychylamy się do Państwa argumentacji, że w przypadku istotnej zmiany okoliczności wynikającej z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, na przykład istotnego wzrostu poziomu opłaty marszałkowskiej przy jednoczesnym wykazaniu, przez Państwa związku przyczynowo-skutkowego w odniesieniu do ponoszonych kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, a tym samym ceny ofertowej, zasadnym jest rozważenie renegotjacji warunków współpracy uwzględniających tę obiektywną i trudną wcześniej do wkalkulowania w ofertę cenową okoliczność.

W dniu 9 grudnia 2016 r. Wykonawca [REDAKTOWANE] przedłożył wymagane w rozdziale VI pkt 5 SIWZ dokumenty.

W dniu 16 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części III postępowania oferty Wykonawcy [REDAKTOWANE].

W dniu 29 grudnia 2016 r. zawarto pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą [REDAKTOWANE] umowę nr 97/2016 w sprawie części III niniejszego postępowania.

W dniu 30 grudnia 2016 r. zawarto aneks nr 1 do umowy nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r. o następującej treści:

§ 1.

1. Strony umowy zgodnie oświadczają, iż w umowie nr 97/2016 z dnia 29.12.2016 r. wprowadza się następujące zmiany:

w § 8 dodaje się pkt 8b w brzmieniu:

W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności wynikającej ze zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa w obszarze gospodarki odpadami, mającej wpływ na realizację umowy, a w szczególności wysokość ceny ofertowej, o której mowa w § 4 ust. 1:

- Wykonawca może odstąpić od umowy w terminie 90 dni od dnia powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach i dowiedzenia istotnego wpływu zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa na realizację umowy albo
- Strony Umowy ustalą nowe warunki umowy wynikające z wprowadzenia zmiany w przepisach powszechnie obowiązującego prawa uwzględniających okoliczności niemożliwe do przewidzenia na dzień podpisywania umowy.

§ 2.

1. Pozostałe warunki umowy pozostają bez zmian.
2. Aneks wchodzi w życie z dniem 01.01.2017
3. Aneks sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, po jednej dla każdej ze Stron.

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Natomiast, w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp zakazano zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1. zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;
2. zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:
 - a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
 - b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
 - c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;
3. zostały spełnione łącznie następujące warunki:
 - a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
 - b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;
4. wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:
 - a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1,
 - b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,

- c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;
5. zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;
 6. łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Jednocześnie ustawodawca zastrzegł w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp, iż zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści lub zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Postanowienie umowne zmienione z naruszeniem ust. 1-1b, 1d i 1e podlega unieważnieniu, a na miejsce unieważnionych postanowień umowy lub umowy ramowej wchodzi postanowienia umowne w pierwotnym brzmieniu (art. 144 ust. 2 ustawy Pzp).

Wobec powyższego należy wskazać, iż z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika, iż Wykonawca [REDAKTOR] zaoferował wykonanie zamówienia objętego częścią III postępowania za cenę w kwocie 19.400.000,00 zł brutto, oferując cenę jednostkową w kwocie 270,00 zł brutto za zagospodarowanie 1 Mg niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 oraz odległość instalacji od centrum Wołomina – 29,4 km.

Jednocześnie, w formularzu ofertowym Wykonawca oświadczył, że cena ofertowa obejmuje wszystkie zobowiązania finansowe i koszty konieczne do należytego wykonania całości przedmiotu zamówienia, a także że zapoznał się z SIWZ oraz dokumentami stanowiącymi integralną część SIWZ, w tym z projektem umowy, co w konsekwencji oznacza akceptację zapisów umownych zawartych we wzorcu stanowiącym załącznik nr 3.3 do SIWZ (rozdział XVI pkt 4 SIWZ).

W związku z powyższym należy uznać, iż korespondencja prowadzona w dniach 7-9 grudnia 2016 r. pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą [REDAKTOR] dotycząca renegotjacji warunków umowy, której wzór stanowi załącznik nr 3.3 do SIWZ, w zakresie możliwości zmiany wynagrodzenia oraz odstąpienia od umowy przez wykonawcę po dacie wejścia

w życie rozporządzenia Rady Ministrów zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska, którego projekt opublikowano w dniu 28 listopada 2016 r. na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji, stanowi zakazane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacje dotyczące złożonej oferty.

Ponadto w wyniku ww. negocjacji zawarto w dniu 30 grudnia 2016 r. aneks nr 1 do umowy nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r., na mocy którego umożliwiono Wykonawcy w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności wynikającej ze zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa w obszarze gospodarki odpadami, mającej wpływ na realizację umowy, a w szczególności wysokość ceny ofertowej, o której mowa w § 4 ust. 1:

- odstąpienie od umowy w terminie 90 dni od dnia powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach i dowiedzenia istotnego wpływu zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa na realizację umowy albo
- ustalenie z Zamawiającym nowych warunków umowy wynikających z wprowadzenia zmiany w przepisach powszechnie obowiązującego prawa uwzględniających okoliczności niemożliwe do przewidzenia na dzień podpisywania umowy.

Należy zaznaczyć, iż wprowadzone aneksem nr 1 zmiany umowy mają charakter istotny, gdyż naruszają równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie, a także wprowadzają warunki, które jeśli były zawarte pierwotnie w umowie to mogłyby wpłynąć na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia.

Odnosząc się do przesłanek umożliwiających dokonanie zmian w treści umowy należy wyjaśnić, iż w niniejszym stanie faktycznym one nie występują. Pierwotna umowa nie uwzględniała możliwości zmiany wynagrodzenia (w § 4 ust. 4 umowy wskazano wprost: *Ceny jednostkowe określone w Umowie pozostają niezmiennie w okresie obowiązywania umowy*) ani odstąpienia od umowy przez wykonawcę. Zatem, nie było możliwe dokonanie ww. zmian na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wprowadzone zmiany mają charakter istotnych, co wyklucza możliwość zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp możliwe jest wprowadzenie istotnych zmian do treści umowy, gdy konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć oraz gdy wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Natomiast, w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zawarto uprawnienie do wprowadzenia zmian w treści umowy w przypadku, gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi.

W tym miejscu należy wskazać, iż wprowadzone na mocy aneksu nr 1 do nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r. zmiany mają charakter blankietowy, gdyż w dniu ich wprowadzenia nie jest możliwym ustalenie wartości zmiany: wysokości wynagrodzenia Wykonawcy oraz kosztów, jakie Zamawiający poniesie w konsekwencji odstąpienia Wykonawcy od umowy. Zatem, treść zmian wprowadzonych ww. aneksem do umowy nr 97/2016 nie uprawnia do skorzystania z uprawnienia zawartego w art. 144 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż Zamawiający naruszył dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez negocjacje dotyczące zaoferowanego wynagrodzenia i warunków odstąpienia od umowy przez wykonawcę, a następnie: art. 144 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do umowy nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r. istotnych zmian w powyższym zakresie bez wystąpienia ku temu ustawowych przesłanek.

Powyższe naruszenia mogły mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż bez uzyskania zgody na wprowadzenie zmian w treści umowy Wykonawca ██████████ mógłby nie podpisać umowy w sprawie niniejszego zamówienia, natomiast gdyby zmiany dotyczące zaoferowanego wynagrodzenia i warunków odstąpienia od umowy przez wykonawcę zostały zawarte w pierwotnej umowie nr 97/2016 z dnia 29 grudnia 2016 r. to mogłoby to wpłynąć na krąg wykonawców zainteresowanych udzieleniem przedmiotowego zamówienia.

Ad 2. Zgodnie z pkt 2 druku ZP–PN, wartość przedmiotowego zamówienia w zakresie części III została ustalona w dniu 17 sierpnia 2018 r. na podstawie notatki z oszacowania i analizy rynku na kwotę 24.660.000,00 zł, co stanowiło równowartość 5.906.728,30 euro.

Z dokumentacji postępowania wynika, że ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 18 sierpnia 2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2016/S 161-290946 z dnia 23 sierpnia 2016 r., a także zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego od dnia 23 sierpnia 2016 r. do dnia 27 września 2016 r. oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego.

Zgodnie z rozdziałem V SIWZ, o udzielenie zamówienia w zakresie części III mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegali wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz ust. 5 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp.

Zamawiający zastrzegł w rozdziale VI pkt 5, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów – w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia:

- a) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- b) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- c) odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 1 ustawy,
- d) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności,
- e) oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, treść art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje jednoznacznie, iż zamawiający w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ma obowiązek żądać od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Obowiązek ten ciąży na zamawiającym w takim zakresie, w jakim określił warunki udziału w postępowaniu, warunki selekcji, a także przesłanki wykluczenia.

W niniejszym przypadku Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia w zakresie części III mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegali wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz ust. 5 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp. Zatem, Zamawiający powinien obligatoryjnie żądać od wykonawców przedłożenia również: informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (§ 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), dalej: „rozporządzenie”), oraz oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 716) – w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp (§ 5 pkt 9 rozporządzenia).

Powyższe informacje powinny być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zgodnie z art. 41 pkt 7a oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 41 pkt 7a oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 9 rozporządzenia poprzez zaniechanie umieszczenia w wykazie oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak wystąpienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu: informacji Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp oraz oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 716) – które to naruszenia nie wpłynęły na wynik przedmiotowego postępowania.

Ad 3. Zgodnie z rozdziałem VI pkt 1 SIWZ, do oferty należało dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie nr 2 do SIWZ w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, dalej „JEDZ”. Informacje zawarte w oświadczeniu miały stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu SIWZ.

Wykonawca [REDAKTOWANE] nie podał w części II sekcji A JEDZ informacji w zakresie których części zamówienia składa ofertę oraz w części IV sekcji A pkt 1 informacji o figurowaniu w odpowiednim rejestrze zawodowym lub handlowym prowadzonym w państwie członkowskim siedziby wykonawcy.

W zaistniałej sytuacji Zamawiający był zobligowany wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawcę do uzupełnienia treści JEDZ, czego jednak nie uczynił.

Wobec powyższego należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy [REDACTED] do uzupełnienia treści JEDZ, które to naruszenie nie wpłynęło na wynik przedmiotowego postępowania.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż stosownie do treści art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.