

Sygn. akt KIO/KD 1/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 16 stycznia 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 20 grudnia 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Miejski Zakład Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o.

ul. Łukasiewicza 4

05-200 Wołomin

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKZP/WKZ1/421/40(6)/19/AO z dnia 21 listopada 2019 r., w przedmiocie zamówienia publicznego:

***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***

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Członkowie: Katarzyna Odrzywolska

Marzena Ordysińska

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu
Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie w części.**

UZASADNIENIE

Miejski Zakład Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie, dalej „Zamawiający”, przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: ustawa Pzp albo Prawo zamówień publicznych), postępowanie na 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. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 26 sierpnia 2016 r. Wartość postępowania oszacowano na kwotę 27.241.500,00 zł, co stanowiło równowartość 6.525.066,47 euro, gdzie część III wyniosła 24.660.000,00 zł, co stanowiło równowartość 5.906.728,30 euro.

W tymże postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dalej „Prezes UZP”, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przeprowadził kontrolę doraźną, w wyniku której w Informacji o wyniku kontroli z dnia 21 listopada 2019 r. stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy:

1. 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;
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 postępowania;
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BYŚ W.B. do uzupełnienia treści oświadczenia nr 2 do SIWZ w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie ze 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 postępowania.

Prezes UZP ustalił i stwierdził, co następuje:

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, że 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 niedoszacowanie, 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 postanowienia:

§ 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 niezmiennie 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 zagrazić 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 dnia r. do dnia r. lub do wyczerpania maksymalnej kwoty wynagrodzenia wskazanej w Umowie - w zależności od tego które z tych zdarzeń nastąpi pierwsze.

§ 8 ust. 7-9 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 postępowaniu w zakresie części III oferty złożyło trzech wykonawców:

1. BYŚ W. B. za cenę w kwocie 19.400.000,00 zł, cena jednostkowa: 270,00 zł, odległość instalacji od centrum Wołomina: 29,4 km;
2. P.P.H.U. LEKARO J. Z. za cenę w kwocie: 19.984.320,00 zł, cena jednostkowa: 277,56 zł, odległość instalacji od centrum Wołomina: 36 km;
3. REMONDIS Sp. z o.o. 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 najwyżej ocenioną w zakresie części III należy uznać ofertę złożoną przez wykonawcę REMONDIS Sp. z o.o. 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 BYŚ W.B. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni oraz przedłużył ważność wadium wpłaconego w formie pieniężnej.

Oferta wykonawcy BYŚ W. B. została uznana za ofertę najwyżej 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 BYŚ W. B. 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 w kalkulowania
w ofertę cenową okoliczność.

W dniu 9 grudnia 2016 r. wykonawca BYŚ W. B. 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 BYŚ W. B..

W dniu 29 grudnia 2016 r. zawarto pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą BYŚ W.B. umowę nr 97/2016 w sprawie części III 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.

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).

Z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika, iż wykonawca BYŚ W. B. 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 postanowień umownych zawartych we wzorcu stanowiącym załącznik nr 3.3 do SIWZ (rozdział XVI pkt 4 SIWZ).

W związku z powyższym korespondencja prowadzona w dniach 7-9 grudnia 2016 r. pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą BYŚ W.B. 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 uzyskaniem 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 Zamawiający naruszył 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 postępowania, gdyż bez uzyskania zgody na wprowadzenie zmian w treści umowy wykonawca BYŚ W. B. mógłby nie podpisać

umowy w sprawie 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.

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 SIWZ, 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 Pzp,

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.

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 (§ 5 pkt 1 rozporządzenia) 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 postępowania.

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 ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE. Informacje zawarte w oświadczeniu miały stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wykonawca BYŚ W. B. 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. 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 BYŚ W. B. do uzupełnienia treści JEDZ, które to naruszenie nie wpłynęło na wynik postępowania.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i w dniu 20 grudnia 2019 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej. Zamawiający nie odniósł się do naruszeń opisanych powyżej w pkt 1 (wyjaśnił jedynie, że obecny Prezes Zarządu J. K. objął funkcję Członka Zarządu już po przeprowadzeniu przetargu i zawarciu umowy z dnia 29 grudnia 2016 r. oraz aneksu z dnia 30 grudnia 2016 r.; w związku z tym nie miał wpływu na sposób jego przeprowadzenia), a więc w tym zakresie nie wniósł zastrzeżeń, natomiast polemizował z pozostałymi stwierdzeniami odnośnie naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych.

W pkt 1 zastrzeżeń Zamawiający odniósł się do naruszenia art. 41 pkt 7a oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z §5 pkt 1 i 9 rozporządzenia, wskazując na jego błędną interpretację. W ocenie Zamawiającego wymaganie przedłożenia informacji z 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 na potwierdzenie braku przesłanek wykluczenia wykonawcy, nie ma charakteru obligatoryjnego, gdyż treść §5 rozporządzenia wskazuje jedynie na możliwość żądania ww. dokumentów.

Chociaż w praktyce przyjęto się traktować ww. przepis, jako normę nakładającą na zamawiającego obowiązek żądania określonych dokumentów, to zdaniem Zamawiającego, w niniejszym postępowaniu takie stanowisko nie jest właściwe, zważywszy na to, że informacja z Krajowego Rejestru Karnego oraz oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych nie miało istotnego znaczenia w toku niniejszego postępowania, co zauważył sam kontrolujący.

W odniesieniu do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający podnosił, że przepisy rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia z dnia 5 stycznia 2016 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 3, str. 16) wskazują na brak podstaw do wzywania wykonawców do udzielenia, uzupełnienia lub wyjaśnienia informacji, które są powszechnie znane w danej branży.

Profesjonalny charakter działalności podmiotów biorących udział w postępowaniu przejawia się między innymi w tym, że Zamawiający posiada wiedzę branżową co do spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, na podstawie pozostałych żądanych w postępowaniu dokumentów posiadał możliwość potwierdzenia tych danych. Brak więc podstaw dla uznania konieczności wzywania wykonawcy do udzielenia informacji, która była Zamawiającemu znana z urzędu. Prawdopodobnie tej interpretacji potwierdza również rozporządzenie powołując się na druk JEDZ.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wskazanych w pkt 2 i 3 Informacji o wyniku kontroli nie zasługuje na uwzględnienie.

Prezes UZP podnosił, że 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 brak podstaw do wykluczenia, w przeciwieństwie do postępowań o udzielenie zamówień publicznych o

wartości nieprzekraczającej kwot wyrażonych w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, gdzie na etapie przygotowywania postępowania zamawiający dobrowolnie ustala katalog dokumentów, o które będzie wzywał wykonawcę w oparciu o art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

Użycie w §5 rozporządzenia zwrotu *w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów* ma na celu zapewnienie spójności ww. przepisu z treścią art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. stworzenie jednego uniwersalnego katalogu dokumentów, których przedłożenia będzie żądał lub mógł żądać od wykonawcy zamawiający w celu stwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania. Natomiast, kwestię obligatoryjności wezwania o dokumenty w zależności od wartości zamówienia rozstrzygają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przedłożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego oraz oświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych ma istotne znaczenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem w przypadku prawidłowego sformułowania żądania przedłożenia ww. dokumentów i oświadczeń, zarówno w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, jak i w treści wezwania o dokumenty opartego na art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w zależności od dalszych czynności bądź zaniechań wykonawcy, mogłoby dojść do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazano, że naruszenie art. 41 pkt 7a oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z 5 pkt 1 i 9 rozporządzenia nie wpłynęło na wynik postępowania nie z powodu nieistotności ww. naruszeń, tylko z uwagi na brak możliwości jednoznacznego stwierdzenia (w oparciu o zebrany materiał dowodowy), czy powyższe zaniechanie mogło wpłynąć na wynik postępowania rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty.

W zakresie stwierdzonego w wyniku kontroli naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy zaznaczyć, iż regulacja ta dotyczy wszystkich grup oświadczeń i dokumentów składanych w postępowaniu, w tym oświadczeń własnych wykonawcy składanych w postaci jednolitego dokumentu i oświadczeń zwykłych. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż „wiedza znana z urzędu” czy też „wiedza branżowa” posiadana przez Zamawiającego odnośnie danych wykonawców i spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu może zastąpić oświadczenie własne wykonawcy złożone w celu wstępnego spełniania wymagań postawionych w danych postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wypadku oświadczeń zawartych w jednolitym dokumencie.

Powyższe, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie znajduje również potwierdzenia w treści rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r.

ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Wykonawca BYŚ W.B. nie podał w ogóle informacji wymaganych w części II sekcji A oraz w części IV sekcji A pkt 1 JEDZ. Wykonawca powinien przekazać niezbędne informacje umożliwiające Zamawiającemu uzyskanie tych danych, czego w niniejszym przypadku wykonawca zaniechał.

Jednocześnie, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę doraźną w oparciu o kryterium legalności czynności podjętych przez Zamawiającego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Prezes Urzędu nie rozstrzyga kwestii indywidualnej odpowiedzialności Kierownika Zamawiającego i jego pracowników za stwierdzone naruszenia.

Reasumując, Prezes UZP podtrzymał naruszenia stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 listopada 2019 r. W konsekwencji zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

**po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie zważyła i ustaliła,
co następuje:**

Ponieważ Zamawiający nie złożył zastrzeżeń co do naruszeń opisanych w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli, opinia, wydana przez Krajową Izbę Odwoławczą, dotyczy naruszeń, opisanych w pkt 2 oraz 3 Informacji o wyniku kontroli. Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Izba podziela stanowisko Prezesa UZP w zakresie naruszenia 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 postępowania.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Stosownie do art. 41 pkt 7a ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Zamawiający jest więc zobowiązany podać zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w ogłoszeniu o zamówieniu, wykaz oświadczeń oraz dokumentów, którymi należy potwierdzić brak podstaw wykluczenia. Katalog dokumentów, które mogą potwierdzać poszczególne przesłanki wykluczenia wynika z 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.).

§5 ww. rozporządzenia zawiera zamknięty katalog dokumentów, jakie mogą być żądane przez zamawiającego od wykonawców, w celu potwierdzenia braku poszczególnych przesłanek wykluczenia z postępowania, zarówno obligatoryjnych wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, jak również fakultatywnych określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Przy czym, użyte w §5 rozporządzenia sformułowanie „zamawiający może żądać następujących dokumentów” oznacza możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawców tylko dokumentów wskazanych w ww. przepisie, a „możliwość” tam wskazana wynika z tego, że przepis ten dotyczy dokumentów odnoszących się do weryfikacji także fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania, a więc możliwych do weryfikacji według woli zamawiającego.

Tym samym, określając dokumenty żądane na potwierdzenie braku występowania przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania, zamawiający wskazuje oświadczenia i dokumenty, które zostały wymienione w §5 rozporządzenia w zakresie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania oraz oświadczenia i dokumenty, które zostały wymienione w §5 rozporządzenia w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania, jeśli zamawiający takie przesłanki przewidział.

Ww. oświadczenia i dokumenty muszą odpowiadać poszczególnym przesłankom wykluczenia z postępowania, tj. na podstawie określonego dokumentu musi być możliwe

stwierdzenie braku istnienia odpowiadającej mu podstawy wykluczenia. Zasada ta nabiera szczególnego znaczenia w kontekście przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Z uwagi na ich fakultatywny charakter żądanie złożenia odpowiadających im dokumentów będzie dopuszczalne wyłącznie w przypadku wskazania fakultatywnej podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W przedstawionym stanie faktycznym Zamawiający zaniechał 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, pomimo że był do tego zobligowany. Tym bardziej, że kwestię obligatoryjnego wezwania do złożenia stosownych dokumentów, w zależności od wartości zamówienia, przesądzają unormowania zawarte w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym nie sposób przyznać racji Zamawiającemu, że sformułowanie użyte w rozporządzeniu wskazuje na możliwość, a nie obowiązek, żądania poszczególnych dokumentów.

Nie można również przyznać racji Zamawiającemu, że w przeprowadzonym postępowaniu zaniechanie żądania informacji z KRK oraz oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ, nie miało istotnego znaczenia. Przedłożenie lub zaniechanie przedstawienia ww. dokumentów determinuje sytuację wykonawcy w przetargu poprzez chociażby możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Reasumując, Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie art. 41 pkt 7a oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 9 rozporządzenia nie zasługują na uwzględnienie.

Izba nie podziela natomiast stanowiska Prezesa UZP w zakresie stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BYŚ W. B. do uzupełnienia treści oświadczenia nr 2 do SIWZ w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE.

Zdaniem kontrolującego Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia JEDZa w zakresie których części zamówienia składa ofertę oraz informacji o figurowaniu w odpowiednim rejestrze zawodowym lub handlowym prowadzonym w państwie członkowskim siedziby wykonawcy. Uszło jednak uwadze kontrolującego, że oświadczenie w formie

jednolitego dokumentu, jak każde oświadczenie, podlega wykładni. Ofertę wraz z załącznikami, takimi jak chociażby JEDZ, należy czytać wspólnie, bowiem dopiero w takim zakresie można dokonać prawidłowej oceny przedstawionych informacji.

Wymaga podkreślenia, że już z samego formularza ofertowego wykonawcy BYŚ W. B.z wynika na ile części zamówienia złożył ofertę oraz że jest osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, co zresztą oznacza że jako podmiot nie podlega wpisowi do KRS. W takiej sytuacji wezwanie do uzupełnienia JEDZa stanowiłoby niezrozumiały formalizm postępowania. Zatem, Zamawiający dokonał prawidłowo oceny złożonego w postępowaniu dokumentu. Jednakże argumentacja Zamawiającego prezentowana w zastrzeżeniach w zakresie wiedzy branżowej jest zupełnie niezrozumiała, bowiem nie sposób twierdzić, że zastępuje ona zawsze oświadczenia własne w zakresie spełnienia wymagań Zamawiającego.

Niemniej, Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie, gdyż nie doszło do naruszenia ww. przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....