



PIERÓG & Partnerzy

— KANCELARIA PRAWNA —

Warszawa, dnia 16 stycznia 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Dąbrówka

ul. Tadeusza Kościuszki 14

05-252 Dąbrówka

Osoba do kontaktów: Agnieszka Moczulska

E-mail:

biuro@zamowieniapubliczne.waw.pl

zamowienia@dabrowka.net.pl

tel.: 29 642 82 62 faks: 29 757 82 20

Odwołujący:

MS-EKO Sp. z o.o.

ul. Modlińska 129 lok. U7

03-186 Warszawa

KRS 0000390936

reprezentowany przez:

r.pr. Katarzyna Latecka

Kancelaria Prawna Pieróg & Partnerzy

ul. Nowogrodzka 42 lok. 41

00-695 Warszawa

e-mail: kancelaria@pierog.pl

tel. 22 598 93 00

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 pkt 1, 2 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa Pzp”, w imieniu Wykonawcy **MS-EKO Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, dalej: „**Odwołujący**”, wnoszę odwołanie wobec dokonania czynności przez Zamawiającego – Gminę Dąbrówka (dalej: „Zamawiający”):

II. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) **art. 513 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie kontynuowania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA W 2023 ROKU*, numer referencyjny: IR.271.1.10.2022;
- 2) **art. 137 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez jego zaniechanie i niedokonanie modyfikacji dokumentacji postępowania pn. *ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA W 2023 ROKU* numer referencyjny: IR.271.1.10.2022, mimo nakazania Zamawiającemu dokonania zmian dokumentacji postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 7 października 2022 roku (sygnatura akt: 2456/22);
- 3) **art. 513 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp** poprzez udzielenie zamówienia publicznego bez przeprowadzenia postępowania zgodnie z ustawą Pzp, udzielając nowego zamówienia poprzez dokonanie zmiany dotychczasowej umowy.

III. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu kontynuowania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH Z TERENU GMINY DĄBRÓWKA W 2023 ROKU*, numer referencyjny: IR.271.1.10.2022 i udzielenie zamówienia w trybie zgodnym z ustawą Pzp, w tym poprzez określenie terminu dokonania modyfikacji dokumentacji postępowania;
- 2) na podstawie art. 573 ustawy Pzp zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

IV. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

Odwołujący powziął informację o zawarciu przez Zamawiającego *Aneksu nr 1 do Umowy nr 272.1.2022 z dnia 21 marca 2022 roku na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2022 roku*, w dniu 5 stycznia 2023 roku (*załącznik nr 6 stanowi potwierdzenie daty powzięcia informacji o zmianie umowy w postaci wniosku o udostępnienie informacji publicznej i udzielonej na niego w dniu 5 stycznia br. odpowiedzi*). Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 16 stycznia 2023 r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu na jego wniesienie.

Odwołujący wniósł wpis od odwołania w wymaganej wysokości (**15 000,00 PLN**). Dowód wniesienia wpisu stanowi załącznik do niniejszego Odwołania.

Wraz z wniesieniem niniejszego odwołania **przekazano jego kopię Zamawiającemu**, na co przedstawia się dowód stanowiący załącznik do niniejszego Odwołania.

Uwzględniając powyższe okoliczności oraz to, że niniejsze Odwołanie złożone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2023 r., należy stwierdzić, że zostały spełnione wszystkie wymagania formalne jego wniesienia.

V. INTERES I SZKODA

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorca prowadzącym działalność dot. odbioru i zagospodarowania odpadów, ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia, którego przeprowadzenia Zamawiający nie kontynuuje, a zatem – Odwołujący poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. W wyniku bezprawnych czynności (zawarcie w dniu 22.12.2022 r. Aneksu nr 1 do Umowy Nr 272.1.2022 z dnia 21 marca 2022 roku na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2022 roku) i zaniechań Zamawiającego wskazanych powyżej, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Zgodnie z SWZ planowany termin świadczenia usługi miał nastąpić od 1 stycznia 2023 r., tymczasem zostało to przesunięte na czas bliżej nieokreślony, a do dnia 31 marca 2023 r. zawarto w/w aneks.

VI. UZASADNIENIE

Zamawiający w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2022 roku”*, numer referencyjny: IR.271.1.11.2021, zawarł w dniu 21 marca 2022 r. umowę nr IR.272.1.2022, której przedmiotem było odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2022 roku.

Zgodnie z § 2 Umowy, usługa miała być realizowana w terminie od 1 kwietnia do 31 grudnia 2022 roku. Jednocześnie Zamawiający nie przewidział postanowień dot. zmiany umowy w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Dowód – załącznik nr 7: Umowa nr IR.272.1.2022

W dniu 5 sierpnia 2022 roku Zamawiający opublikował na platformie zakupowej ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie trwającego przetargu nieograniczonego pn. *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2023 roku”*; numer referencyjny: IR.271.1.10.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w DUUE w dniu 3 sierpnia 2022 roku pod numerem: 2022/S 148-423825.

Termin realizacji w/w zamówienia obejmował okres od dnia 1 stycznia do 31 grudnia 2023 roku. Na obecną chwilę tj. 16 stycznia 2023 roku, Zamawiający wciąż jest na etapie zbierania ofert od Wykonawców, który to etap trwa już ponad 5 miesięcy od dnia ogłoszenia postępowania.

Postępowanie prowadzone jest na platformie zakupowej pod adresem: <https://www.platformazakupowa.pl/transakcja/645755>

Odwołujący zwraca uwagę, że w w/w postępowaniu przetargowym, w wyniku przeprowadzonego postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 7 października 2022 roku wydała wyrok, w którym nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentacji zamówienia w tym treści SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu (postanowień wzoru umowy, Opisu Przedmiotu Zamówienia i Formularza Oferty).

Z niewiadomych przyczyn, pomimo, że zmiany nie są czasochłonne, Zamawiający do dnia dzisiejszego nie dokonał zmiany dokumentacji postępowania, do której został zobowiązany we wskazanym powyżej wyroku wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Dowód – załącznik nr 8: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2022 r., sygnatura akt: 2456/22.

Natomiast Zamawiający regularnie (co kilka dni) modyfikuje termin składania ofert i otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu na platformie zakupowej bez podania przyczyny takiej zmiany.

Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z art. 137 ust. 6 ustawy Pzp, w przypadku, gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty.

W niniejszej sprawie brak jest podstaw do ciągłego przedłużania terminu na składanie ofert, gdyż żadna dokumentacja nie została przez Zamawiającego – z niewiadomych względów – zmodyfikowana i działanie podejmowane przez Zamawiającego ma na celu jedynie wydłużenie toczącego się postępowania przetargowego.

Postanowienia zawarte w art. 137 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, umożliwiają Zamawiającemu w uzasadnionych przypadkach dokonanie modyfikacji dokumentacji postępowania przed upływem terminu składania ofert. W takim przypadku, dokonana zmianę treści SWZ zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Korzystając z narzędzi wskazanych w art. 137 ustawy Pzp, Zamawiający ma możliwość modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnie z treścią wyroku KIO i kontynuowania postępowania.

Odwołujący wskazuje, że powyższe zachowanie Zamawiającego jest także niezgodne z zasadą ekonomiki i szybkości postępowania, a w ocenie Odwołującego stanowi działanie celowe, mające na celu faworyzowanie dotychczasowego Wykonawcy, poprzez kreowanie sytuacji, w której ze względu na przedłużającą się procedurę związaną z udzieleniem zamówienia, udzielane jest mu kolejne zamówienie na realizację usługi z pominięciem przepisów ustawy Pzp.

Dowód – załącznik nr 9: Zrzut historii modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu nr 2022/S 148-423825

Fakt, że w/w działania mają na celu faworyzowanie dotychczasowego Wykonawcy, potwierdza również to, że Zamawiający nie odpowiada na pytania Wykonawcy dot. postępowania o udzielenie zamówienia, ani na pytania kierowane do niego poprzez platformę zakupową, ani kierowane do Wójta Gminy Dąbrówka.

Dowód – załącznik nr 10 i 11: Treść wiadomości wysłanej do Zamawiającego za pomocą platformy zakupowej oraz treść pisma skierowanego do Wójta Gminy Dąbrówka

Mając na uwadze wskazaną powyżej opieszałość Zamawiającego związaną z procedowaniem postępowania, nie ulega wątpliwości, że Aneks nr 1 do Umowy nr 272.1.2022 z dnia 21 marca 2022 roku został zawarty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający jako podstawę prawną dokonania zmiany umowy wskazał art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. który dopuszcza zmianę umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należyłą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

W Aneksie nr 1 jako uzasadnienie zmiany umowy Zamawiający wskazał:

„W związku z brakiem rozstrzygnięcia postępowania przetargowego na usługę pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2023 roku”, polegającym na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych , zgodnie z Umową nr 272.1.2022 z dnia 21 marca 2022 roku, oraz koniecznością zmiany umowy spowodowanej okolicznościami, których zamawiający działając z należyłą starannością, nie mógł przewidzieć, w tym w szczególności zmiany ceny, której zmiana nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, a zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy działając na podstawie art.455 ust. 1 pkt 4)”

ustawy z dnia 11 września 2019 roku (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), Strony zgodnie postanawiają co następuje (...)

Odwołujący zwraca uwagę, że wyłączną odpowiedzialność za brak rozstrzygnięcia postępowania przetargowego na usługę pod nazwą „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2023 roku*” ponosi Zamawiający, który bezzasadnie nie dokonuje modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób zgodny z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej oraz wstrzymuje tok postępowania o udzielenie zamówienia. Również czynności podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania polegające na przedłużaniu terminu składania i otwarcia ofert bez modyfikacji treści dokumentacji postępowania świadczą o celowym przedłużaniu procedury wyboru wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Tym samym nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, że Zamawiający „*działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć*”, że do dnia 31 grudnia 2022 roku nie zawrze nowej umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów na rok 2023, skoro przedłuża postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na tę usługę w 2023 roku.

Dowód – załącznik nr 12: Aneks nr 1 do Umowy Nr 272.1.2022 z dnia 21 marca 2022 roku na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2022 roku, zawarty w dniu 22.12.2022 r.

Odwołujący na potwierdzenie powyższego twierdzenia wskazuje, na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2022 roku (sygnatura akt: KIO/KD 3/22), zgodnie z którą:

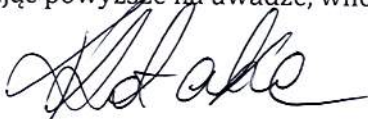
*Odwołując się do znaczenia pojęcia należytej staranności nadawanego na płaszczyźnie prawa cywilnego, wymóg ten obejmuje obowiązek staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 §1 i 2 kodeksu cywilnego), a w konsekwencji **okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze.***

*Nie mieszczą się w powyższej definicji zmiany wywołane okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego, takie jak konieczność uzyskania odpowiedniej zgody korporacyjnej na zaciągnięcie zobowiązania w wyższej, niż pierwotnie zakładano kwocie. **Nie sposób też zaakceptować stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym przedłużające się postępowanie przetargowe w sytuacji, gdy ustalony został w warunkach przetargu termin realizacji Umowy datą dzienną, uprawnia Zamawiającego do dokonania zmian w tym zakresie. Obydwie okoliczności Zamawiający mógł, i powinien był przewidzieć w momencie wszczynania postępowania. Jak trafnie zauważył Kontrolujący, sam Zamawiający podjął ryzyko***

określenia terminu realizacji konkretną datą, chociaż miał możliwość jego ustalenia w dniach czy tygodniach od zawarcia umowy, a określenie terminu w taki właśnie sposób już na wstępie obarczone jest pewnym ryzykiem. Zamawiający w takim przypadku zawsze musi przyjąć pewien margines czasowy, wynikający z okoliczności nieprzewidzianych, takich jak np. wydłużenie czasu na badanie ofert, podpisanie umowy czy też toczące się postępowanie odwoławcze. Z pewnością nie można zakładać, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta w terminie związania wykonawców złożoną ofertą. Ponadto, nie sposób nie zauważyć, że zawierając przedmiotową Umowę wybrany wykonawca zgodził się na określony termin realizacji zadania, po czym wystąpił do Zamawiającego o przedłużenie określonego w Umowie terminu.

Nie podlega wątpliwości, że w niniejszej sprawie, Zamawiający zaniechał podejmowania czynności w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający powinien dokonać modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie udzielić zamówienia na realizację usługi na 2023 rok zgodnie z przepisami ustawy Pzp tzn. w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w drodze zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czyli de facto udzielając nowego zamówienia z obejściem przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.



r.pr. Katarzyna Latecka

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo;
- 2) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 51,00 zł;
- 3) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 15 000,00 zł;
- 4) dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 5) aktualny odpis z KRS Odwołującego;
- 6) potwierdzenie daty powzięcia informacji o zmianie umowy;
- 7) Umowa nr IR.272.1.2022
- 8) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2022 roku, sygnatura akt: 2456/22;
- 9) Zrzut historii modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu nr 2022/S 148-423825;
- 10) Treść wiadomości wysłanej do Zamawiającego za pomocą platformy zakupowej;
- 11) Treść pisma skierowanego do Wójta Gminy Dąbrówka;
- 12) Aneks nr 1 do Umowy Nr 272.1.2022 z dnia 21 marca 2022 roku na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2022 roku, zawarty w dniu 22.12.2022 r.

