



Warszawa, dnia

2023 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ3.442.28.2022.LB
KND/28/22/DKZP

Pani
Hanna Wocial
Wójt
Gminy Jakubów
ul. Mińska 15
05 – 306 Jakubów

W odpowiedzi na pismo z dnia 11 stycznia 2023 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 12 stycznia 2023 r.) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. **„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Jakubów”** przeprowadzonego przez Zamawiającego – Gminę Jakubów – uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 454 ust. 2 pkt 3 oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”), wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 stycznia 2023 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.28. 2022.LB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisu:

1. art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany umowy z dnia 8 listopada 2021 r. na świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Jakubów, w sposób istotny zmieniając zakres przedmiotu zamówienia, polegający na znacznym ograniczeniu zakresu świadczeń zobowiązań wykonawcy;
2. art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo braku spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie dotyczących zmiany umowy o zamówienie publiczne.

Pismem z dnia 11 stycznia 2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej wskazując, cyt.:

Na podstawie art. 610 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych składam zastrzeżenia od wyników doraźnej kontroli z dnia 2 stycznia 2023 roku (doręczonych Zamawiającemu w dniu 5 stycznia 2023 roku) oraz wnoszę o ich uwzględnienie.

Zamawiający zwrócił uwagę na stanowisko organu kontrolującego, iż (...) W uzasadnieniu informacji o wynikach kontroli wskazano, że zmodyfikowany aneksem nr 1 z dnia 15 grudnia 2021 roku zakres rzeczowy zamówienia mógł mieć wpływ na ewentualny krąg potencjalnych podmiotów przystępujących do postępowania, a przez to — na wybór konkretnego wykonawcy. W konsekwencji każdy z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu na równych zasadach mógł inaczej ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym. Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 7 marca 2022 roku kontrolujący podniósł, że przepis art. 6r znowelizowany w wyniku ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w ust. 3a oraz ust. 3b przyznawał uprawnienie, a nie obowiązek uchwalenia zmian w Regulaminie utrzymania porządku i czystości w Gminie Jakubów. Ponadto, przepisy ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach weszły w życie w dniu 23 września 2021 roku, natomiast postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego zostało wszczęte z dniem 14 września 2021 roku, co umożliwiało uwzględnienie zmian wynikających z aneksu nr 1 z dnia 15 grudnia 2021 roku już w ogłoszeniu o zamówieniu. Odnosnie naruszenia przepisu art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp wskazano, iż postanowienia umowne nie określały w sposób precyzyjny i jednoznaczny rodzaju i zakresu dokonanych zmian umowy.

Zdaniem Zamawiającego, (...) mając na uwadze przytoczoną argumentację zawartą w informacji o wynikach kontroli doraźnej, zasadnym jest złożenie następujących zastrzeżeń do wyników tejże kontroli:

W uzasadnieniu wniesionych zastrzeżeń Zamawiający wskazał, m.in., że (...) rzeczywiście zmiana treści przepisu art. 6r ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach umożliwiająca ograniczenie ilości odbieranych odpadów oraz zróżnicowanie częstotliwości odbierania odpadów weszła w życie z dniem 23 września 2021 roku, jednakże podkreślić należy, iż kompetencje w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, sposób ich świadczenia oraz wysokość cen za te usługi przysługują Radzie Gminy (art. 6r ust. 4 ustawy). Wprowadzenie zmian do Regulaminu utrzymania czystości i porządku w Gminie Jakubów wymagało zatem podjęcia przez Radę Gminy stosownej uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego. W konsekwencji, nie sposób uznać, że w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający mógł przewidzieć jakiego rodzaju zmiany zostaną wprowadzone przez Radę Gminy w związku z wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zawarcie aneksu nr 1 było bowiem możliwe i uzasadnione dopiero w związku z podjęciem przez Radę Gminy uchwały nr XXXIX/228/2021 z dnia 29 listopada 2021 roku w sprawie uchwalenia nowego Regulaminu utrzymania porządku i czystości w Gminie Jakubów.

Zamawiający podkreślił w treści wniesionych zastrzeżeń, że (...) zgodnie z treścią SWZ pkt IV „Opis przedmiotu zamówienia i zakres zamówienia” odbiór i zagospodarowanie odpadów miał

odbywać się m.in. zgodnie z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów. Podobny zapis znalazł się w części „Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia” ust. 15 pkt 12) SWZ. Również umowa zawarta z wykonawcą w dniu 8 listopada 2021 roku w § 10 ust. 11 dopuszczała zmianę umowy w zakresie sposobu spełniania przez Wykonawcę świadczenia usług w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego wpływających na sposób spełnienia świadczenia. Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów jest aktem prawa miejscowego. Zgodnie natomiast z art. 87 ust. 2 Konstytucji RP akty prawa miejscowego są źródłami powszechnie obowiązującego prawa na obszarze działania organów, które je ustanowiły, tj. dotyczą podmiotów i mieszkańców jednostki (gminy), regulują w sposób bezpośredni prawa i obowiązki mieszkańców oraz kształtują ich sytuację prawną. Treść obligatoryjnych postanowień Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy określa ustawa w art. 4 ust. 2.

Dodał, że (...) mając powyższe na uwadze, wskazać należy na dwa aspekty możliwości wprowadzenia zmian do umowy z dnia 8 listopada 2021 roku.

W ocenie Zamawiającego, (...) zachodzą podstawy do przyjęcia, iż wprowadzone zmiany nie miały charakteru istotnego w rozumieniu przepisu art. 454 ustawy pzp. Wprowadzenie zmian wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących, nie stanowi zmiany istotnej, gdyż takie same regulacje obowiązywałyby każdego wykonawcę, który złożyłby ofertę, gdyby jego oferta okazała się najkorzystniejsza i to z nim miałyby być podpisana umowa. Przepisów powszechnie obowiązujących nie trzeba uwzględniać w treści umowy, gdyż obowiązują także wówczas, gdy nie mówi o nich umowa. Zmiana umowy może być uznana za nieistotną, gdy jest wywołana przyczynami zewnętrznymi. Dotyczy to przede wszystkim takich przypadków, gdy przyczyny zmiany umowy odnoszą się w taki sam sposób do każdego innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, gdyby znalazł się on na miejscu wykonawcy realizującego zamówienie, przy czym zakres i warunki zmiany muszą być niezależne od osoby wykonawcy, a zmiana umowy dokonana byłaby z każdym innym wykonawcą w takim samym zakresie i na takich samych zasadach. Taka sytuacja zachodziła w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający podniósł, że (...) gdyby uznać, że wprowadzone zmiany miały charakter istotny, to umowa regulowała warunki modyfikacji umowy, w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego wpływających na sposób spełnienia świadczenia. Wbrew stanowisku wyrażonemu w informacji o wynikach kontroli doraźnej, nie sposób uznać, że treść § 10 ust. 11 umowy z dnia 8 listopada 2021 roku powinna mieć bardziej precyzyjny i jednoznaczny charakter. W sytuacji, gdy w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie weszły w życie przepisy ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, uprawniające do wprowadzenia zmian w akcie prawa miejscowego, trudno w sposób bardziej jednoznaczny i szczegółowy określić warunki wprowadzenia zmian niż poprzez odwołanie się do konieczności dostosowania zapisów umowy do przepisów prawa powszechnie obowiązującego w okresie realizacji usługi.

Biorąc powyższe pod uwagę, wnoszę o uwzględnienie przedmiotowych zastrzeżeń od wyników doraźnej kontroli z dnia 2 stycznia 2023 r.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu informuje, co następuje:

Na wstępie należy wskazać, iż Zamawiający w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej nie zakwestionował wykazanego w ramach Informacji o wyniku kontroli doraźnej faktu zmiany umowy podstawowej z dnia 8 listopada 2021 r. na świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów

komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Jakubów aneksem nr 1 z dnia 15 grudnia 2021 r., zakresu dokonanych zmian rzeczowego przedmiotu zamówienia jak również częstotliwości odbioru odpadów komunalnych.

Należy ponownie przywołać przedstawione w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej twierdzenie, iż w ustawie Prawo zamówień publicznych zasady dotyczące modyfikacji umów w sprawie zamówienia publicznego zostały określone w art. 454 i 455. Przepisy te zostały oparte na przyjętym w dyrektywach (art. 72 dyrektywy 2014/24/UE i art. 89 dyrektywy 2014/25/UE) podziale na zmiany niedopuszczalne (istotne – w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy Pzp) i dopuszczalne (nieistotne – i określone w art. 455 ustawy Pzp) i stanowią niezbędne doprecyzowanie warunków, w jakich modyfikacje umowy w trakcie jej realizacji są uznane za istotne lub nieistotne. Wskazane powyżej przepisy wyrażają utrwaloną na gruncie prawa zamówień publicznych zasadę niezmienności umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy. Jak zostało ustalone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej postanowienia aneksu wyłączyły odbiór przez Wykonawcę takich odpadów jak: popiół; odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów i odpadów zielonych; odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon z wyłączeniem opon przemysłowych (rolniczych i ciężarowych) jak również spowodowały, że zmiana uległa w stosunku do pierwotnej umowy częstotliwość odbioru odpadów komunalnych w stosunku do zapisów zawartych w SWZ w prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Jakubów. W umowie pierwotnej wykonawca zobowiązany był do odbioru niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych raz w miesiącu w okresie od listopada do marca oraz w okresie od kwietnia do października nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie. Natomiast aneksem nr 1 częstotliwość odbioru niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych została zmieniona na raz w miesiącu. W zawartej umowie podstawowej do zakresu obowiązków wykonawcy należał m.in. wywóz mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz zużytych opon, które należało wystawić przed wejściem do nieruchomości. W nowym Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów ww. odpady należało dostarczyć we własnym zakresie do wyznaczonego punktu w wyznaczonym terminie.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż zmiana umowy z dnia 8 listopada 2021 r. dotyczyła zmiany w wielkości umówionego świadczenia odbioru odpadów oraz częstotliwości ich odbioru przez wybranego wykonawcę. W szczególności, zmiana umowy istotnie zmniejszyła zakres świadczeń i zobowiązań wykonawcy przy jednoczesnym zachowaniu ustalonego w umowie podstawowej wynagrodzenia. Bez wątpienia zmiana umowy spowodowała, że charakter umowy zmienił się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy. Zostały zatem spełnione przesłanki art. 454 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w konsekwencji istotne zmiany zawartej umowy wymagały stosownie do art. 454 ust. 1 ustawy Pzp przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Warunki umowy stanowią bowiem wynik przetargu lub innej procedury ofertowo-eliminacyjnej. Ich późniejsza zmiana nie może prowadzić do wypaczenia tego wyniku oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości.

Powyższe koresponduje ze wskazanym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej wyrokiem TSUE z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik

Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (EU:C:2008:351), w którym Trybunał wskazał m.in. zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.

W konsekwencji, twierdzenia Zamawiającego, iż (...) *zmiany umowy odnoszą się w taki sam sposób do każdego innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, gdyby znalazł się on na miejscu wykonawcy realizującego zamówienie (...) oraz (...) zmiana umowy dokonana byłaby z każdym innym wykonawcą w takim samym zakresie i na takich samych zasadach (...)* nie mają uzasadnienia ponieważ w przypadku istotnej zmiany umowy mamy do czynienia z nowym zamówieniem w porównaniu do pierwotnie udzielonego. W konsekwencji, wybór wykonawcy powinien nastąpić w postępowaniu o zamówienie publiczne w oparciu o nowe warunki zamówienia.

W odniesieniu natomiast do argumentacji Zamawiającego, iż (...) *zmiana umowy podyktowana została wprowadzeniem zmian do Regulaminu utrzymania czystości i porządku w Gminie Jakubów przez Radę Gminy Jakubów uchwałą nr XXXIX/228/2021 z dnia 29 listopada 2021 roku w sprawie uchwalenia nowego Regulaminu utrzymania porządku i czystości w Gminie Jakubów (...)* i w związku z tym (...) *Zamawiający w dniu wszczęcia postępowania nie mógł przewidzieć jakiego rodzaju zmiany zostaną wprowadzone przez Radę Gminy, należy stwierdzić, iż zmiana umowy o zamówienie publiczne, stanowiła czynność regulowaną przepisami ustawy Pzp i to zgodność działań Zamawiającego z przepisami tej ustawy badano w toku kontroli doraźnej. Odstąpienia od stosowania przepisów aktu normatywnego rangi ustawowej nie mogą uzasadniać żadne przepisy wewnętrzne dotyczące Zamawiającego, a wszelkie akty normatywne niższego rzędu, w tym uchwały Rady Gminy, muszą być interpretowane w taki sposób, aby zachować zgodność z treścią przepisów ustaw i nie mogą podważać zasad udzielania zamówień publicznych: zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jak zostało wskazane w opinii Rzecznika Generalnego z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji (...) Zamawiający nie może w toku postępowania powoływać się działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego. Tym samym, Zamawiający nie może powoływać się na działania innego organu, w tym przypadku Rady Gminy w celu uzasadnienia istotnej zmiany umowy o zamówienie publiczne, w szczególności, iż okoliczności zmiany umowy są szczegółowo uregulowane przez przepisy ustawy Pzp. Należy też dodać, że przepisy ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie zobowiązywały Zamawiającego, ani Radę Gminy do dokonania zmian odpowiednio w obowiązującej umowie o zamówienie publiczne i Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Jakubów. Nie sposób zatem uznać argumentacji Zamawiającego negującej możliwy wpływ naruszenia przepisu art. 454 ustawy Pzp ze względu na fakt, że (...) zmiana umowy może być uznana za nieistotną, gdy jest wywołana przyczynami zewnętrznymi.*

Ponadto, w treści wniesionych zastrzeżeń Zamawiający podniósł, iż (...) *nie sposób uznać, że treść § 10 ust. 11 umowy z dnia 8 listopada 2021 roku powinna mieć bardziej precyzyjny i jednoznaczny charakter. W sytuacji, gdy w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie weszły w życie przepisy ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, uprawniające do wprowadzenia zmian w akcie prawa miejscowego, trudno w sposób bardziej jednoznaczny i szczegółowy określić warunki wprowadzenia zmian niż poprzez odwołanie się do konieczności dostosowania zapisów umowy do przepisów prawa powszechnie obowiązującego*

w okresie realizacji usługi. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż ustawa z dnia 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach została opublikowana w dniu 8 września 2021 r. czyli przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne. Zamawiający przed wszczęciem postępowania mógł zatem zapoznać się z treścią przepisów ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że o dniu wszczęcia postępowania decyduje samodzielnie Zamawiający. W świetle powyższych okoliczności trudno zatem uznać, iż czas uchwalenia ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowił przeszkodę w jednoznacznym i szczegółowym określeniu warunków wprowadzenia zmian w zawartej umowie o zamówienie publiczne. Tym samym, należy stwierdzić, że wskazane w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zapisy SWZ i projektu umowy, jak również zawarte bezpośrednio w umowie z dnia 8 listopada 2021 r. w § 10 ust. 11 wyrażenie, że (...) dopuszcza się zmianę umowy w zakresie sposobu spełnienia przez Wykonawcę świadczenia usług w przypadku zmiany przepisów prawa powszednie obowiązującego na sposób spełnienia świadczenia (...) trudno uznać za precyzyjnie i jednoznacznie określające rodzaj i zakres ewentualnych zmian do umowy dokonanych przez Zamawiającego.

Reasumując, podtrzymuję stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględniam zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 3 lutego 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 4/23) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Jakubów”.

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 4/23).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 4/23).