

Informacja o proteście

Dotyczy: Postępowania przetargowego nr ZP-18/PN/2009

Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. informuje, że Firma Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. ul. Górecka 104, 61-483 Poznań, reprezentowana przez Radcę Prawnego Przemysława Popowskiego, złożyła protest dotyczący treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający informuje, że złożony protest jest zasadny w części I, III i w związku z tym Zamawiający przeprowadził modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Modyfikacja została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego- „Modyfikacja SIWZ”.

W załączeniu treść protestu.

W części II-ej „Protestu” Zamawiający postanawia, że nie uwzględni zapisu proponowanego przez Wykonawcę.

Uzasadnienie:

Zgodnie z art. 144 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych cyt.: „zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”.

Zamawiający umieszczając zapis dotyczący warunków zmiany umowy w SIWZ i wzorze umowy, skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do określenia możliwości zmian przyszłej umowy. Zgodnie z zapisem art. 144 ust.1 dopuszczenie zmian w umowie nie jest obowiązkiem Zamawiającego. Wobec powyższego zapisy zawarte w § 7 wzoru umowy i w Rozdziale XVII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określające warunki zmiany umowy nie naruszają przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający nie wyklucza zmiany ceny w trakcie realizacji umowy. Zmiany te będą mogły być dokonywane na zasadach określonych w SIWZ i wzorze umowy.

Prezes Zarządu
Dyrektor Naczelny
Henryk Stawny

KANCELARIA PRAWNA

PRZEMYSŁAW POPOWSKI

16-55

KANCELARIA PRAWNA PRZEMYSŁAW POPOWSKI	
DATA WYDANIA	2009-09-29
NUMER	0029/09/09

Poznań, dnia 29 września 2009 r.

Zamawiający:

Poznańskie Towarzystwo Budownictwa
Społecznego sp. z o.o.
ul. Św. Marcin 58/64, 61-807 Poznań
fax: 061 8523-124

Wykonawca:

Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o.
ul. Górecka 104, 61-483 Poznań
tel. 0 61 66 40 622 / fax. 0 61 8 322 481
reprezentowany przez:
radcę prawnego Przemysława Popowskiego
ul. Solna 9/4, 61-736 Poznań
tel./fax. 0 61 847 00 73

Dotyczy przetargu nieograniczonego na sukcesywne świadczenie usług wywozu odpadów komunalnych stałych z zasobów stanowiących własność i administrowanych przez Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. znajdujących się na terenie Miasta Poznania i Leszna (Nr sprawy: ZP-18/PN/2009)

PROTEST

Działając na podstawie art. 180 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm. – dalej Ustawa PZP), niniejszym Wykonawca (zwany dalej również Protestującym) składa protest w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na sukcesywne świadczenie usług wywozu odpadów komunalnych stałych z zasobów stanowiących własność i administrowanych przez Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. znajdujących się na terenie Miasta Poznania i Leszna (Nr sprawy: ZP-18/PN/2009).

Protestujący składa protest wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w zakresie poniżej wskazanym.

KANCELARIA PRAWNA PRZEMYSŁAW POPOWSKI
UL. SOLNA 9/4, 61-736 POZNAŃ
NIP 783-131-0017, REGON 141422570
TEL./FAX: 0 61 (K) 8 47 00 73, (K) - 48 509 24 784
E-mail: popowski@popowski.com.pl

KANCELARIA PRAWNA

PRZEMYSŁAW POPOWSKI

I. Wykaz częstotliwości i wielkości pojemników na śmieci w zasobach PTBS sp. z o.o. (Strona 5 SIWZ).

Protestujący wnosi o zmianę treści postanowień SIWZ na stronie 5 poprzez określenie częstotliwości wywozu pojemnika 240 l z ulicy Ugory w Poznaniu zgodnie z § 9 uchwały Rady Miasta Poznania z dnia 10.02.2009 r. w sprawie przyjęcia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Poznania (NR XLIX/646/V/2009), tj. nie rzadziej niż raz na 2 tygodnie. Sposób realizacji usługi musi być zgodny z obowiązującym prawem, w tym z prawem miejscowym. Aktualne brzmienie SIWZ określające odbiór odpadów z tej lokalizacji w częstotliwości 1 raz na miesiąc, narusza powołaną wyżej uchwałę i wymaga zmiany.

II. Istotne dla stron postanowienia dotyczące zmian treści umowy zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Strona 13 SIWZ i § 7 projektu umowy).

Protestujący wnosi o wprowadzenie dodatkowego warunku umożliwiającego zmianę postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty o następującym brzmieniu:

„Dopuszczalna jest zmiana umowy polegająca na zmianie ceny świadczonej usługi, jeżeli nastąpi zmiana stawki podatku VAT, bądź zmiana wysokości opłaty za korzystanie ze środowiska, bądź zmiana wysokości opłaty pobieranej przez składowiska”.

Na koszty realizacji usługi odbioru odpadów składa się wiele elementów (w tym opłaty za korzystanie ze środowiska i opłaty pobierane przez składowiska). W przypadku zmiany kosztów realizacji usługi, które *de facto* nie zależą od woli Wykonawców (opłatę za korzystanie ze środowiska na każdy rok określa minister ds. środowiska zgodnie z art. 291 ustawy Prawo ochrony środowiska, a opłatę za składowanie odpadów określa i pobiera składowisko), wynagrodzenie wykonawcy powinno ulec zmianie. Możliwość wprowadzenia takiej zmiany musi być, zgodnie z aktualną treścią art. 144 Ustawy PZP, przewidziana w SIWZ. W trakcie realizacji poprzedniego zamówienia, którego wykonawcą był Protestujący, doszło do nieoczekiwanego, dwukrotnego, znacznego podwyższenia opłaty za korzystanie ze środowiska (tzw. opłaty marszałkowskiej). W wyniku prowadzonych negocjacji i zaważeń do prób ugodowych, Zamawiający i Protestujący zawierali ugody w zakresie ceny świadczonej usługi. Wynegocjowane przez Zamawiającego warunki ugód nie uwzględniały jednakże w całości wzrostu opłaty marszałkowskiej, wynikiem czego Protestujący ponosił straty (nie mówiąc już o czasie i kosztach samego postępowania ugodowego).

Zapisy SIWZ i projektu umowy powinny być tak skonstruowane, aby wykluczyć w przyszłości

KANCELARIA PRAWNA

PRZEMYSŁAW POPOWSKI

jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie warunków zmiany ceny świadczonej usługi i jednocześnie umożliwić jej zmianę w przypadku zmiany istotnych czynników, które ją kształtują, a nie zależą od woli Wykonawców. Brak jasnych reguł zmiany ceny w trakcie realizacji zamówienia w okolicznościach wyżej wskazanych może w efekcie doprowadzić do bankructwa Wykonawcy posiadającego ściśle wyliczone środki na realizację całości zamówienia. Stąd wprowadzenie zmiany w ww. zakresie, chociażby z uwagi na podstawową zasadę określoną w § 7 Ustawy PZP, wydaje się być w pełni uzasadnione i konieczne.

Z ostrożności Protestujący podaje, że przesłanka określona w lit f) § 7 projektu umowy (odpowiednio również w rozdziale XVII SIWZ na str. 13) nie jest wystarczającą przesłanką warunkującą zmianę umowy w zakresie ceny. Trudno bowiem będzie bezspornie ustalić czy w przypadku zmiany wyżej wskazanych kosztów zagospodarowania odpadów (w szczególności opłaty marszałkowskiej i opłaty pobieranej przez składowiska) będziemy mieli do czynienia z nadzwyczajną zmianą stosunków, czy spełnienie świadczenia będzie połączone z nadmierną trudnością albo czy Wykonawcy będzie groziła rażąca strata i czy tych zmian nie można było przewidzieć na etapie zawierania umowy. W oparciu o doświadczenia lat ubiegłych Protestujący stwierdza, że ww. przesłanki nie gwarantują zmiany ceny świadczonej usługi w przypadku - niezależnej od Wykonawcy - zmiany kosztów zagospodarowania odpadów, a już z pewnością nie gwarantują zmiany ceny na tym samym poziomie, na którym nastąpiła zmiana kosztów zagospodarowania odpadów.

III. Określenie obowiązków Wykonawcy (§ 3 projektu umowy).

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika (w szczególności Strona 3 SIWZ i § 3 projektu umowy), że przedmiotem zamówienia jest sukcesywne świadczenie usług wywozu odpadów komunalnych stałych z zasobów stanowiących własność i administrowanych przez Zamawiającego. Z treści § 3 pkt. 4. projektu umowy wynika m.in., że:

„Do obowiązków Wykonawcy należy bezpłatne dostarczenie przez Wykonawcę pojemników na makulaturę, tworzywo sztuczne (PET) i szkło białe, kolorowe oraz bezpłatny wywóz tychże odpadów.”

W tym miejscu Wykonawca wskazuje, że Ustawa PZP nie przewiduje możliwości zawierania między zamawiającym a wykonawcą umów nieodpłatnych (vide art. 2 pkt. 13 ustawy). Odpłatność zamówień publicznych jest także konstytutywną cechą określoną w prawie wspólnotowym (art. 1 ust. 2a dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r.) oraz orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (np. orzeczenie z 18.11.1999, C-107/89). Także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż definicja

KANCELARIA PRAWNA

PRZEMYSŁAW POPOWSKI

zamówienia publicznego zawiera odpłatność umów, a zamawiający nie oczekuje świadczenia z umów nieodpłatnych (wyrok KIO z 02.10.2008, KIO/UZP 993/08).

Zgodnie z art. 2 pkt. 13) Ustawy PZP ilekroć w ustawie jest mowa o zamówieniach publicznych należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Odpłatność usługi jest niezbędnym elementem każdej umowy zawieranej przez podmioty publiczne w ramach zamówień publicznych (vide Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III, komentarz do art. 2, nb. 32).

Ponadto ustawa z dn. 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2005, nr 236, poz. 2008 ze zm.) wyraźnie mówi o dwóch płatnych usługach, tj. usłudze odbioru odpadów komunalnych zmieszanych i usłudze odbioru odpadów komunalnych zbieranych i odbieranych selektywnie (art. 6 ust. 2 i 4 ustawy). W ten sam sposób kwestia odpłatności za usługę odbioru odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych uregulowania jest również w uchwale Rady Miasta Poznania z dnia z dnia 10.02.2009 r. 2009 r. w sprawie przyjęcia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Poznania (NR XLIX/646/V/2009), wydanej na podstawie przepisów art. 6 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zgodnie z ww. regulaminem przedsiębiorca stosuje osobne stawki za odbiór odpadów zmieszanych (§ 10 ust. 1 pkt 1) i osobne stawki za odbiór odpadów segregowanych (§ 10 ust. 1 pkt 2).

Należy zatem uznać, że Zamawiający niezgodnie z obowiązującym prawem określił przedmiot zamówienia, żądając od wykonawców realizacji części świadczonej usługi bezpłatnie. W tym zakresie SIWZ i projekt umowy wymaga zmian. Zamawiający powinien w treści SIWZ i projektu umowy przewidzieć odpłatność usługi odbioru odpadów segregowanych i umożliwić Wykonawcom złożenie oferty cenowej również w tym zakresie.

Końcowo Protestujący podaje, że zgodnie z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 180 ust. 3 pkt. 2) Ustawy PZP protest dotyczący treści SIWZ - z czym mamy do czynienia - wnosi się w terminie 14 dni o dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

W załączeniu:

- pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową
- prośba o wyjaśnienie treści SIWZ (projektu umowy)
- odpis z KRS Wykonawcy

RADCA PRAWNY

Przemysław Popowski

KANCELARIA PRAWNA PRZEMYSŁAW POPOWSKI
UL. SOLNA 9/4, 61-736 POZNAŃ
NIP 783-131-06-17, REGON 634622570
TEL./FAX. +48 (61) 8 47 00 73, TEL. +48 508 121 784
Email: popowski@popowski.com.pl