

**WYROK**

z dnia 9 października 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Dominik Haczykowski

w sprawie odwołania wniesionego **do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie** w dniu 21 września 2018 r. **przez odwołującego:** Konsorcjum FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze ul. Lecha 10 (Lider) oraz FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu ul. Strefowa 8 w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Piekoszów ul. Częstochowska 66 a, 20-065 Piekoszów

**przy udziale przystępujących po stronie odwołującego:**

- A. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. O., Wola Jachowa 94a, 26-008 Górnio
- B. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ORDER T. M., Jęgrzna 24, 26-140 Łączna

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ przez zmianę terminu obowiązywania umowy od dnia 01.01.2019r. do dnia 31.12.2021r na od dnia 01.01.2019r. do dnia 31.12.2020r. W pozostałym zakresie postępowanie odwoławcze umarza.
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Piekoszów, ul. Częstochowska 66a, 20-065 Piekoszów
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze ul. Lecha 10 (Lider) oraz FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu ul. Strefowa 8 tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od Gmina Piekoszów, ul. Częstochowska 66a, 20-065 Piekoszów kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze ul. Lecha 10 (Lider) oraz FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu ul. Strefowa 8

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego .

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

### Odwołanie

Odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FCC Polska sp. z o.o., z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10 (lider); FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, ul. Strefowa 8 zwani „odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi Gmina Piekoszów; ul. Częstochowska 66a, 20-065 Piekoszów zwana dalej „zamawiającym”.

Określenie przedmiotu zamówienia:

Przedmiot zamówienia to odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Piekoszów w okresie od 01.01.2019 r. do 31.12.2021 r. Nr postępowania IRO.271.54.4.2018. ES

Numer ogłoszenia w Dz. Urz. U.E.: 2018/S 178-404319 (15.09.2018)

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm7 zwanej dalej: PZP) wniesiono odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz treści Ogłoszenia o zamówieniu.

Wobec treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu wskazano naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 PZP, art., 29 ust. 1 i 2 PZP, art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 487 § 2 KC poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia dla Części 1 w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz poprzez zapis rozdziału 6 pkt 13) i 14) załącznika nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim:

a) Zamawiający wprowadził wymóg zapewnienia zagospodarowania przez Wykonawcę odpadów w roku 2021 zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w sytuacji gdy nie są jeszcze znane poziomy recyklingu, które będą obowiązywały w roku 2021;

b) Zamawiający nie udostępnił Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia danych odnośnie ilości odpadów za pierwszych 8 miesięcy roku 2018 mimo, iż nimi dysponuje;

2) art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC i art. 487 § 2 KC oraz art. 142 ust. 5 PZP poprzez sporządzenie wzoru umowy dla Części 1 w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:

a) w § 4 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający wyłączył jakąkolwiek możliwość zmiany wynagrodzenia w całym 36-miesięcznym okresie realizacji zamówienia publicznego;

b) w § 8 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający zawęził zakres przypadków mogących uzasadniać zmianę wynagrodzenia umownego wykonawcy (co i tak pozostaje w sprzeczności z brzmieniem § 4 ust. 3 wzoru umowy) w odniesieniu do realiów przedmiotowego zamówienia

3) art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 1 PZP w zw. z art. 41 ust. 1 oraz 45 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 992) oraz w zw. z art. 6d. ust. 1 i 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454), zwanej dalej: UCPG) poprzez żądanie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów dla części 1 (Zadanie nr 1) przedmiotowego zamówienia, podczas gdy zbieranie odpadów w PSZOK jest przedmiotem zamówienia w części 2 (Zadanie nr 2) przedmiotowego zamówienia;

4) art. 10a ust. 1 -4 PZP w zw. z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) poprzez nie zawarcie w SIWZ postanowień dotyczących przekazywania JEDZ wyłącznie w formie elektronicznej.

Przedstawiono następujące wnioski (żądania) co do rozstrzygnięcia odwołania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie Odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) **skrócenie terminu na jaki jest udzielane zamówienie publiczne do 2 lat (tj. od 1.01.2019 r. do 31.12.2020 r.), ewentualnie określenie, że poziomy recyklingu dla roku 2020 mają zastosowanie także dla roku 2021;**

2) zmiany dotychczasowej treści § 4 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 13 do SIWZ) poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

Stosownie do treści art. 142 ust 5 ustawy Pzp Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 8 niniejszej umowy w następujących przypadkach:

a) w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług,

b) w przypadku zmiany 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,

c) w przypadku zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub zmiany wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,

d) **zmiany warunków świadczenia usługi, jeżeli w chwili składania oferty warunki te nie były znane wykonawcy nawet przy dochowaniu należytej staranności, a są to warunki mające wpływ na wysokość wynagrodzenia z jednej strony, a z drugiej zaś konieczne w celu spełniania obowiązków w zakresie odbierania odpadów komunalnych nałożone przepisami prawa;**

e) **zmiany przepisów regulujących gospodarkę odpadami, które to przepisy mogą mieć bezpośredni wpływ na koszty świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia;**

f) **zmiany ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji we właściwej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych.**

**- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania niniejszej umowy przez Wykonawcę.**

3) uzupełnienie SIWZ w zakresie spełnienia wymagań odnośnie art. 10a PZP (np. zgodnie z zaleceniami opublikowanymi na stronie internetowej UZP);

4) usunięcia wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów jako warunku udziału w postępowaniu dla części 1 (Zadanie nr 1) przedmiotowego zamówienia;

5) uzupełnienie danych zawartych w pkt. IV OPZ o wartości dotyczące pierwszych 8-miu miesięcy bieżącego roku;

6) dokonania odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu będących konsekwencją pkt 1-5 powyżej;

a także:

- zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

WYKAZANIE INTERESU WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

Stosownie do art. 179 ust. 1 PZP, Odwołujący podnosi, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego. Obecna treść Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w istocie uniemożliwia Odwołującemu złożenie racjonalnie skalkulowanej oferty w przedmiotowym postępowaniu bez narażania się na wykluczenie z udziału w postępowaniu bądź odrzucenie oferty. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, które mógłby uzyskać, w przypadku udzielenia mu zamówienia.

#### WSKAZANIE OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNYCH I PRAWNYCH ODWOŁANIA ORAZ

#### WSKAZANIE DOWODÓW NA ICH POPARCIE:

I. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 14 ust. 1 PZP i art. 139 ust 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup>, art. 5 oraz art. 487 § 2KC,

Zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W myśl art. 29 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast sporządzony przez Zamawiającego Opis Przedmiotu Zamówienia dla Części nr 1, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, nie spełnia powyższych wymagań, gdyż nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

#### A. Nieznane poziomy recyklingu dla roku 2021

Aktualnie obowiązujące przepisy określają poziomy recyklingu odpadów komunalnych do dnia 31 grudnia 2020 r. Zgodnie bowiem z § 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 2167), Rozporządzenie określa:

- 1) poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła,
- 2) poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne

- w poszczególnych latach do dnia 31 grudnia 2020 r., a także sposób obliczania tych poziomów.

Jednocześnie w załączniku nr 13 do SIWZ Wzór umowy, Zamawiający w § 7 ust. 1 pkt 5) przewidział postanowienie, według którego Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kary umownej za brak osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji w wysokości kary ustalonej dla Gminy, określonej zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Zamawiający nie może zatem skutecznie zobowiązać Wykonawcy do zagwarantowania poziomów recyklingu w oparciu o przepisy prawa, które w chwili obecnej nie są znane. Wykonawca nie może zobowiązać się do zagwarantowania poziomów recyklingu zgodnie z obowiązującymi nieznanymi mu w chwili obecnej przepisami prawa, zwłaszcza z uwagi na fakt, iż Zamawiający przewiduje karę umowną za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu.

Ponadto z uwagi na to, iż ani Zamawiający, ani Wykonawca nie zna poziomu recyklingu w roku 2021, to nie może on oszacować realności szans na jego osiągnięcie ani też oszacować i uwzględnić w cenie oferty środków, które będzie musiał podjąć w celu osiągnięcia tych poziomów oraz ewentualnych ryzyk związanych z nieosiągnięciem wymaganego poziomu.

Nadto należy wskazać, że to Zamawiający, a nie wykonawca podejmuje istotne decyzje dotyczące organizacji systemu zbierania odpadów na terenie gminy Piekoszów, mające pierwszorzędne znaczenie i wpływ na możliwość osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. W szczególności, to Zamawiający decyduje o ilości pojemników i worków na odpady segregowane oraz częstotliwości ich odbioru, a także o środkach egzekwowania od mieszkańców przestrzegania obowiązku segregacji odpadów i ich stosowaniu. Wykonawca nie może być zatem jedynym podmiotem obciążonym wszelkimi negatywnymi skutkami nieprawidłowego działania systemu, na którego zaprojektowanie i zorganizowanie nie miał i nie ma żadnego wpływu (poza złożeniem niniejszego odwołania).

Wykonawca nie może się także zobowiązać do zagwarantowania nikomu nieznanymi, przyszłymi przepisami określającymi wymagane poziomy recyklingu odpadów w roku 2021. Zamawiający nie tylko sankcjonuje ich ewentualne niedotrzymanie, lecz także w § 4 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 13 do SIWZ) wprost wyklucza możliwość jakichkolwiek zmian zaoferowanego wynagrodzenia. Nie znając jeszcze wymaganego poziomu recyklingu w 2021 roku (a więc 1/3 okresu realizacji zamówienia publicznego), żaden wykonawca nie jest w stanie oszacować realności szans na ich osiągnięcie, ani tym bardziej określić i

uwzględnić w kwocie wynagrodzenia środków, które będą musiały być podjęte w celu osiągnięcia nieznanymi poziomów, jak również ryzyk związanych z ich ewentualnym niedotrzymaniem.

Izba w wyroku z dnia 27 marca 2014 r. (KIO 487/14) zaznaczyła, że „(...) zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353 (1) k.c., a także z innej zasady prawa cywilnego, wynikającej z art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”

Najprostszym rozwiązaniem zarówno dla Zamawiającego, jak i dla potencjalnych wykonawców byłoby tutaj skrócenie okresu, na jaki jest udzielane przedmiotowe zamówienie - do dwóch lat (2019 i 2020). Analogiczne rozwiązanie zostało bowiem przyjęte przez innych zamawiających z terenów ościennych województw.

Nie ulega wątpliwości, iż przedmiotowe naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

#### B. Nieudostępnienie danych za pierwszych 8 miesięcy roku 2018

Zgodnie z rozdziałem XTV pkt 3 SIWZ, wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Z tego też względu, niezwykle istotne dla zachowania równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia uczciwej konkurencji między nimi jest udostępnienie im wszelkich danych odnośnie bieżących, rzeczywistych ilości odpadów komunalnych, jakimi dysponuje Zamawiający.

Na s. 17 i 18 OPZ Zamawiający przedstawia łączne dane w latach 2016 i 2017, gdzie wolumeny tych odpadów różnią się między sobą w sposób znaczący. Przykładowo, masa odpadów zmieszanych (kod 20 03 01) wzrosła w roku 2017 prawie czterokrotnie (sic!) w stosunku do roku poprzedniego (718,88 Mg w roku 2017 wobec 192,74 Mg w roku 2016).

Przeciętny wykonawca, nie wie zatem, czy w latach 2019-2020 należy się spodziewać dalszego trendu rosnącego, wyciągnąć średnią roczną, czy też w inny sposób „wywroczyć” ilości poszczególnych frakcji odpadów w przyszłych latach.

Zamawiający już w chwili ogłaszania niniejszego przetargu dysponował sprawozdaniem półrocznym oraz kartami przekazania odpadów za miesiące lipiec oraz sierpień 2018 r.

Dowód: Sprawozdanie półroczne za I-VI2018 r.



Pismo z dnia 3.08.2018 r. wraz z załączonymi KPO Pismo z dnia 6.09.2018 r. wraz z załączonymi KPO

Z danych tych jednoznacznie wynika, iż to ilości dla roku 2017 (a nie dla 2016) powinny być punktem odniesienia przy kalkulowaniu oferty. Co więcej, już sama ilość odpadów za pierwsze osiem miesięcy roku 2018 wskazuje na to, iż ilość odpadów z roku na rok przyrasta (przykładowo – odpady zmieszane w miesiącach I - VIH 2018 r.: 462,36 Mg + 98,60 Mg + 108,70 Mg = 669,66 Mg).

Zupełnie niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający stara się ukryć przedmiotowe dane przed Wykonawcami. Z całą pewnością takie działanie Zamawiającego stanowi rażące zaprzeczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 PZP.

Powyższe naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania.

II. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC, art. 5 i art. 487 § 2 KC oraz art. 142 ust. 5 PZP poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji - niezmiennosc w trzyletnim okresie realizacji zamówienia oraz błędne i zawężające wymienienie przypadków w których dopuszczalna jest zmiana cen

Zgodnie z § 4 ust. 3 wzoru umowy, Wynagrodzenie wykonawcy nie podlega zmianie w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy.

Przedmiotowe postanowienie umowne w oczywisty i rażący sposób narusza treści art. 142 ust. 5 PZP. Zgodnie bowiem z tym przepisem, Umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości należnego wykonawcy (...).

Co więcej, zgodnie § 8 ust. 1 pkt 1 Wzoru Umowy, Zamawiający przewiduje możliwość zmiany Umowy dotyczącej „wynagrodzenia w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku od towarów i usług. Niejasna jest wzajemna relacja § 4 ust. 3 oraz § 8 ust. 1 pkt 1 Umowy, gdyż ich postanowienia się wzajemnie wykluczają.

Nadto należy zaznaczyć, iż z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, katalog obligatoryjnych przypadków wymienionych w art. 142 ust. 5 PZP, powinien zostać rozszerzony o co najmniej trzy sytuacje:

- 1) zmiany warunków świadczenia usługi, jeżeli w chwili składania oferty warunki te nie były znane wykonawcy nawet przy dochowaniu należytej staranności, a są to warunki

mające wpływ na wysokość wynagrodzenia z jednej strony, a z drugiej zaś konieczne w celu spełniania obowiązków w zakresie odbierania odpadów komunalnych nałożone przepisami prawa;

- 2) zmiany przepisów regulujących gospodarkę odpadami, które to przepisy mogą mieć bezpośredni wpływ na koszty świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia;
- 3) zmiany ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji we właściwej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych.

W regionie 4 województwa świętokrzyskiego znajduje się bowiem tylko jedna instalacja mająca status RIPOK. Oznacza to, iż każda zmiana ceny zagospodarowania odpadów komunalnych w przedmiotowej instalacji będzie miała bezpośredni wpływ na poziom kosztów ponoszonych przez wykonawcę przy realizacji niniejszego zadania.

Co istotne, przedmiotowa instalacja uchyla się nawet od podania cen zagospodarowania odpadów w roku 2019.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 4.09.2018 r.

odpowieź PGO sp. z o.o. z dnia 4.09.2018 r.

Odwołujący niezwłocznie poinformował Zamawiającego o przedmiotowym fakcie, mając na celu zapewnienie uczciwej konkurencji w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dowód: pismo do Zamawiającego z dnia 7.09.2018 r.

Przy trzyletnim okresie realizacji umowy, brak zapewnienia wykonawcy możliwości ubiegania się o waloryzację wynagrodzenia w związku ze wzrostem cen zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji jest rażącym naruszeniem przez Zamawiającego równowagi stron umowy, oraz tzw. uczciwości kupieckiej. Zamawiający w dążeniu do wieloletniego zachowania stałych i niezmiennych cen (co zapewne nie jest bez związku z nadchodzącymi wyborami samorządowymi), chce przerzucić całość ryzyka na wykonawcę.

Także i w tym przypadku mamy do czynienia z szeregiem naruszeń mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

III. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 1 PZP w zw. z art. 41 ust. 1 oraz 45 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz w zw. z art. 6d. ust. 1 i 9b ust. 1 UCPG poprzez żądanie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów dla części 1

(Zadanie nr 1) przedmiotowego zamówienia, podczas gdy zbieranie odpadów w PSZOK jest przedmiotem zamówienia w części 2 (Zadanie nr 2) przedmiotowego zamówienia

Zamawiający w rozdziale V pkt 1 lit. a) określił dla Zadania nr 1 m.in. warunek udziału w postępowaniu: „posiada zezwolenie na zbieranie odpadów zgodnie z przepisami wynikającymi z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r, o odpadach '

Zgodnie z art. 22 ust. 1b pkt 1 PZP, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Prowadzenie działalności, w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości o której mowa w art. 6d ust. 1 oraz art. 9b i nast. UCPG wymaga jedynie wpisu do rejestru działalności regulowanej i nie wymaga uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach.

To właściciele nieruchomości, a nie wykonawca Zadania nr 1 dokonuje zbierania odpadów tj. gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania. Właściciele nieruchomości są ustawowo zwolnieni z konieczności uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów na podstawie art. 45 ust. 1 pkt 9 ustawy o odpadach, zgodnie z którym, z obowiązku uzyskania odpowiednio zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów zwalnia się: władającego nieruchomością, który zbiera odpady komunalne, wytwarzane na terenie tej nieruchomości.

Wykonawca świadczy usługę odbierania odpadów, zapewniając ich dostarczenie do właściwych regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych.

Warunek postanowiony przez Zamawiającego dotyczy zatem niewłaściwego zadania — byłby on zasadny w przypadku Zadania nr 2 polegającego na organizacji, utrzymaniu i obsłudze punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych.

Jest to kolejne oczywiste naruszenie przepisów ustawy, mające istotny wpływ na wynik postępowania. Znacząco zawężono bowiem krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w stosunku do wymogów wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa,

IV. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 10a ust. 1 -4 PZP w zw. z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020) poprzez niezawarcie w SIWZ postanowień dotyczących przekazywania JEDZ wyłącznie w formie elektronicznej

Zgodnie z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020), Przepis art. 10a ustawy zmienianej w art. 1 w zakresie jednolitego dokumentu zamówienia stosuje się od dnia 18 kwietnia 2018 r.

Tymczasem, ani w rozdziale VII SIWZ, ani też w rozdziale IX SIWZ, ani też w żadnym innym miejscu, Zamawiający nie przewidział procedury elektronicznej jako wyłącznie dopuszczalnej dla składania oświadczenia na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Nie wiadomo bowiem jak należałoby potraktować ofertę wykonawcy, który zastosuje się do postanowień SIWZ, ale jednocześnie nie zastosuje się do bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 10a PZP. Najprawdopodobniej oferta taka winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP jako obiektywnie niezgodna z ustawą (pomimo tego, że jest zgodna z SIWZ).

Jest to oczywiste naruszenie przepisu ustawy, mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący mając na względzie powyższe odwołanie wnosi o jego uwzględnienie.

### **Odpowiedź na odwołanie**

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1) umorzenie postępowania w części co do za rzutów dotyczących:

a) pkt. 13 i 14 rozdziału 6 załącznika nr 1 do SIWZ - Opisu Przedmiotu Zamówienia odnoszącego się do nieudostępnienia wykonawcom ubiegającym się zamówienie danych ilości zebranych odpadów na terenie Gminy Piekoszów z pierwszych ośmiu miesięcy 2018 r.:

b) § 4 ust. 3 i §8 ust. 1 załącznika nr 13 do SIWZ - wzoru umowy na zadanie nr 1, odnoszącego się do braku przewidzenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku ustawowej zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu 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;

c) treści SIWZ, odnoszącego się do nie zawarcia postanowień o przekazywaniu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) wyłącznie formie elektronicznej;

d) treści SIWZ, odnoszącego się do warunku udziału w postępowaniu przetargowym na polegającego na posiadaniu przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów dla części 1 (Zadanie nr 1);

2) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie

3) zniesienie kosztów postępowania w zakresie umorzonych postępowania;

4) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w zakresie oddalonego odwołania norm przepisanych,

Zamawiający częściowo podziela zarzuty Odwołującego co skutkowało wprowadzeniem stosownych zmian w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Natomiast w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego, zarzuty Odwołującego nic znajdują uzasadnienia prawnego, Poniżej przedstawiono szczegółowe stanowisko Zamawiającego odnośnie do poszczególnych zarzutów Odwołującego.

#### **Ustosunkowanie do zarzutów odwołania**

Zarzut nr 1 (numeracja zarzutów odpowiada numerom zarzutów wskazanych zarówno w odwołaniu, jak i uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi na odwołanie)

Zamawiający uwzględni częściowo zarzuty tj. w zakresie nie udostępnienia wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia danych odnośnie do ilości zebranych odpadów za pierwszych osiem miesięcy 2018 r. W związku z tym Zamawiający dokonał zmiany treści załącznika nr I do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, poprzez zamieszczenie tabelki zawierające dane o ilości zebranych opadów w okresie od stycznia 20 18 r. do sierpnia 2018 r.

W pozostałym zakresie — zdaniem Zamawiającego — zarzut nie jest trafny. Odwołujący podnosi, że Zamawiający wymaga od wykonawcy w całym okresie realizacji zamówienia tj. (to grudnia 2021 spełnienia poziomów recyklingu określonych w przepisach prawa, mimo że rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji opadów komunalnych obowiązuje jedynie do dnia 31 grudnia 2020 r. Odwołujący uważa, że wykonawca nie może zobowiązać się do zagwarantowania poziomów recyklingu zgodnie z obowiązującymi nieznanyymi w chwili obecnej przepisami prawa. Z tego też Odwołujący wyciąga wniosek, że Zamawiający określili przedmiot zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich „wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów w sposób niejednoznaczny i niewystarczający.

W uchwale Krajowej Izby odwoławczej z dnia 10 maja 2018 r. (KIO/KD/ 17/18) wyrażono pogląd, zgodnie z którym istota przepisu art. 29 ustawy pzp, dotyczącego opisanie przedmiotu zamówienia, sprowadza się do określenia przez zamawiającego swoich wymagań (dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować, czego zamawiający oczekuje).

W wyroku Krajowej Izby odwoławczej z dnia 1 marca 2018 r. (KIO 276/18) stwierdzono, że uprawnieniem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Nie jest przy tym tak, że postanowienia SIWZ muszą wprost wskazywać, czy w jakikolwiek sposób tłumaczyć cel, który przyświecał zamawiającemu w ich sformułowaniu. Kwestia ta, w razie sporu mającego za przedmiot postanowienia SIWZ, podlega ocenie Izby pod kątem niżej wskazanych wytycznych. Są nimi: 1. obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert; 2. zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję; 3, zakaz opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „ lub równoważny”,

Znamiennym jest również teza zawarta w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2018 r. (KIO 47/1 8), w myśl której obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej w wyroku z dnia 17 lipca 2018 (KIO 1 550/13) ingerencja przez wykonawców w opis przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do ograniczenia jego zakresu o elementy, które z punktu widzenia zamawiającego są niezbędne a wynikają z jego obiektywnie uzasadnionych potrzeb.

Mając na uwadze powyżej przywołane orzeczenia, nie sposób dostrzec w opisie przedmiotu zamówienia niejasności czy niejednoznaczności. W treści SIWZ, załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia i załączniku nr 13 – wzór umowy na zadanie nr 1, Zamawiający w sposób klarowny i szczegółowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia, tym wyraźnie zaznaczał, że zasadniczym celem i motywem, którym kieruje się Zamawiający, jest

zapewnienie osiągnięcia przez cały okres zamówienia poziomów recyklingu. Stanowi to bowiem realizację obowiązku Zamawiającego przewidzianego w ustawie z dnia 13 września 1996r, o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako „ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”)

W dokumentacji przetargowej Zamawiający powołał akty prawne, które muszą być przestrzegane przez wykonawców przy zapewnieniu poziomów recyklingu tj. m. in. ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami reakcji opadów komunalnych.

Niezależnie od tego sam fakt - na który powołuje się Odwołujący - że rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji opadów komunalnych obowiązuje jedynie do dnia 31 grudnia 2020 r. nie świadczy niejasności opisu przedmiotu zamówienia.

Poziomy recyklingu wynikają z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. art. 3 ust. 1 pkt 7 i art. 3b ust. 1. Zgodnie z tymi przepisami gminy są obowiązane do zapewnienia osiągnięcia poziomów recyklingu do dnia 31 grudnia 2020 poziomy te muszą osiągnąć 1) poziom recyklingu i przygotowania do użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w wysokości co najmniej 50% wagowo; 2) poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w wysokości co najmniej 70% wagowo. Natomiast. rozporządzenie wykonawcze, wydawane na podstawie art.3b ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku gminach, miało jedynie na celu określenia corocznego, stopniowego wzrostu poziomów recyklingu – od dnia wprowadzenia do ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach art.3b do dnia 31 grudnia 2010r.

Należy zwrócić uwagę, że powyższe przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zostały wprowadzone w związku z wymaganiami nałożonymi w dyrektywie parlamentu Europejskiego i Rady (UE)2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. (Dz. U. UE.L.08.312.3) i stanowią w istocie powtórzenie art. 11 tej dyrektywy.

Istotnym jest przy tym, że mocą dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/851 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniono dyrektywę 2008/98/WE w sprawie odpadów (Dz.U L 150 z 14.6.2018), w tym zmieniono art. 11 , który w nowym brzmieniu przewiduje, że:

1. do 2025 r. przygotowanie do ponownego użycia i recykling odpadów komunalnych zostaną zwiększone wagowo do minimum 55 %;
2. Państwa członkowskie mogą przesunąć maksymalnie o pięć lat terminy osiągnięcia celów określone w dyrektywie, pod wskazanymi warunkami;

(art. 1 pkt 11 ww. dyrektywy zmieniającej),

Powyższe oznacza, że do 2025 r. poziomy recyklingu muszą osiągnąć 55 %, a w wyjątkowych wypadkach określonych w dyrektywie zmieniającej - 50 %. Tym samym wykonawcy nie powinni mieć problemów z oszacowaniem oferowanego wynagrodzenia, bazując na obowiązujących krajowych i wspólnotowych aktach normatywnych,

Na marginesie, każdy z potencjalnych wykonawców znajduje się w takiej samej sytuacji, posiadają jednakową wiedzę co do przedmiotu zamówienia. W związku z tym opis przedmiotu zamówienia nikogo nie faworyzuje, nie utrudnia uczciwej konkurencji.

Zarzut nr 2

Zamawiający uwzględnił częściowo zarzut, tj. w zakresie braku przewidzenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku ustawowej zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów 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 będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. W związku z tym Zamawiający dokonał zmian w treści SIWZ i załącznika nr 13 do SIWZ — wzór umowy na zadanie nr 1, które to zmiany skutkują skreśleniem postanowień co do wyłączenia jakiegokolwiek możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy oraz dodaniem opisu z art. 142 ust. 5 ustawy – PZP, które prowadzą do zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

W pozostałym zakresie Zamawiający nie dostrzega zasadności zarzutu, odwołujący wnosi o rozszerzenie przypadków zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany warunków świadczenia usług, jeżeli w chwili składania oferty warunki te nie były znane wykonawcy nawet do zachowania należytej staranności, a są to warunki mające wpływ na wysokość wynagrodzenia z jednej strony, a z drugiej zaś konieczne w celu spełnienia obowiązków w zakresie odbierania odpadów komunalnych nałożone przepisami prawa; zmiany przepisów regulujących gospodarkę odpadami, które to przepisy mogą mieć bezpośredni wpływ na koszty świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia; zmiany ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji we właściwej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych jeżeli zmiany te będą



miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Odwołujący wywodzi, że przy trzyletnim okresie realizacji umowy brak zapewnienia wykonawcy możliwości ubiegania się o waloryzację wynagrodzenia w związku ze wzrostem cen zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji jest rażącym naruszeniem równowagi stron oraz tzw. uczciwości kupieckiej,

Wymaga wyjaśnienia, że umowa na odbiór odpadów komunalnych w swoisty sposób łączy elementy umowy o świadczenie usług i umowy o dzieło w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Z jednej strony umowa ta jest umową starannego działania — wykonywania usług o charakterze stałym. Z drugiej jednak, czynności wykonawcy tego rodzaju zamówienia muszą zawsze doprowadzić do osiągnięcia konkretnego rezultatu, którym jest faktyczne odebranie odpadów od właścicieli nieruchomości. Umowa ma zatem charakter umowy mieszanej, z przeważającymi elementami umowy o dzieło.

Zgodnie z art. 632 k.c. — dotyczącym wynagrodzenia ryczałtowego przy umowie o dzieło - jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac (§ 1). Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę (§ 2.).

Z cytowanego przepisu art.632 § 1 k.c. wynika, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można była przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wynagrodzenie ryczałtowe z istoty swej nie ma być zmieniane. Po to stosuje się ryczałt by ustalić i zamrozić kwotę wynagrodzenia, niezależnie od kosztów potrzebnych do prawidłowego wykonania umowy o dzieło (A. Brzozowski, w: Pietrzykowski, Komentarz KC, II, 20 13, 337; str.337, tenże w Syst.prPryw w: System PrPryw, t. 7, 2011, s. 403-404; G, Koziół, w: Kidyba, Komentarz KC, t. III, Cz. ogólna, 2010, s, 256; K. Zagrobelny, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz KC, 2014, s. 1249).

Ryczałtowe wynagrodzenie w inny sposób lokuje pomiędzy stronami ryzyko aniżeli wynagrodzenie kosztorysowe. Ryzyko zwiększenia kosztów wykonania dzieła obciąża przy wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawcę. To on bowiem musi ponieść koszty przy niezmienionym wynagrodzeniu. Wynagrodzenie ryczałtowe - stosownie do uregulowań art. 628-632 k.c. - jest określone z góry, zaś wykonawca pozbawiony zostaje możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Warto również odwołać się do Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1542/17), w którym rozstrzygnięto odwołanie o podobnym zarzucie odnośnie do zmienności wynagrodzenia wykonawcy co w sprawie niniejszej. Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła pogląd, cytując "Zamawiający, ustalając wynagrodzenie ryczałtowe, wyraźnie lub w sposób 29 dorozumiany zakłada, że przyjmujący zamówienie nie będzie się domagał zapłaty wynagrodzenia wyższego. Przyjmujący zamówienie nie może bowiem żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, (...) Wykonawca może się domagać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego ustalonego w umowie z zamawiającym, jeżeli wykonanie groziłoby mu rażącą stratą. Nie musi to być jednak strata, która zachwiałaby jego kondycję finansową czy groziłaby upadłością (por. wyr.SN z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 251/06, Rzeczp. 2006, Nr 289, s.5) (s. 421 i 422 „Kodeks cywilny Komentarz” pod redakcją Krzysztofa Pietrzykowskiego Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2011r.). Izba musi podkreślić, że to w gestii zamawiającego leży wybór sposobu regulowania kosztów wykonania zamówienia. Odwołujący nie wykazał naruszenia jakichkolwiek przepisów przez wskazanie w SIWZ (a szczególnie we wzorach umów), że umowy będą rozliczane ryczałtowo i ich ceny nie będą podlegały zmianom mimo wystąpienia okoliczności, które nie były przewidywane w chwili zawierania umowy. Dlatego wykonawcy powinni tak skalkulować cenę, aby skompensować wystąpienie wszelkiego ryzyka, a w tym zmianę opłat za usługę RIPOK. Aby możliwie dać największą liczbę informacji koniecznych do właściwego skalkulowania ryczałtowej ceny za wykonanie całego zamówienia, zamawiający m.in. szczegółowo przedstawił dane dotyczące ilości zebranych odpadów komunalnych w okresie ostatniego półtora roku (załącznik nr 4 do SIWZ).

Wracając na grunt niniejszej sprawy zauważyć należy, że zarówno w treści SIWZ (Sekcja XIV pkt 3), jak i załącznika nr 13 do SIWZ – wzór umowy na zadanie nr 1 (§4 ust.2) jasno i klarownie zastrzeżono wynagrodzenie ryczałtowe dla wykonawcy. Skoro tak, to wynagrodzenie ma charakter co do zasady stały, niezmienny (za wyjątkiem okoliczności wskazanych w art.142 ust.5 ustawy pzp). To na wykonawcach spoczywa ciężar takiego skalkulowania ceny ofertowej by uwzględniała takie czynniki jak zmiany różnorodnych opłat na rynku, wpływających na ogólne koszty wykonania zamówienia. W celu umożliwienia wykonawcom jak najdokładniejszej kalkulacji, Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, podał dokładne dane o ilości zebranych odpadów na terenie Gminy Piekoszków w 2016 r., 2017 r. i pierwszych ośmiu miesiącach 2018 r. Ponadto wykonawcy powinni w swoim zakresie ustalić tendencję wzrostu poziomu cen za gospodarowanie odpadami we właściwej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych, w oparciu o dane z ostatnich lat.

Nie sposób zatem zarzucać Zamawiającemu rażące naruszenie równowagi stron i tzw. uczciwości kupieckiej, w sytuacji gdy charakter wynagrodzenia ryczałtowego, z której istotny wynika, że jest ono stałe i niezmienne, został wprost przewidziany w przepisach prawa, tj. art. 632 § 1 k.c.

Niezależnie od tego należy podkreślić, że w przypadku gwałtownego i niedającego się przewidzieć wzrostu cen za gospodarowanie odpadami we właściwej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych, wykonawca będzie mógł żądać zmiany wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie art. 632 §2 k.c. w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy - PZP. Wykonawca może bowiem domagać się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego ustalonego w umowie z zamawiającym, jeżeli wykonanie groziłoby mu rażąco strata. Nie musi to być jednak strata, która zachwiałaby jego kondycją finansową czy groziłaby upadłością (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2006 r., V CSK 251/06).

#### Zarzut nr 3

Zamawiający w całości uznaje zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 1 ustawy - PZP w zw. z art. 41 ust. 1 oraz art. 45 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 992 ze zm.) w zw. z art. 6d ust. 1 i 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1454), poprzez żądanie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów dla zadania nr 1. W związku z tym Zamawiający usunął z treści SIWZ i załącznika nr 13 do SIWZ - wzoru umowy na zadanie nr 1, wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów jako warunku udziału w postępowaniu dla zadania nr 1, wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów jako warunku udziału w postępowaniu dla zadania nr 1

#### Zarzut nr 4

Zamawiający w całości uznaje zarzut naruszenia art. 10a ust. 1-4 ustawy - PZP w zw. z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) poprzez nie zawarcia w SIWZ postanowień dotyczących przekazywania JEDZ wyłącznie w formie elektronicznej. W związku z tym Zamawiający uzupełnił SIWZ w ten sposób, że zastrzegł wyłączną formę elektroniczną dla przekazywania JEDZ (według zalecanych, przykładowych postanowień Urzędu Zamówień Publicznych).

### III. Podsumowanie

Wobec powyższego, Zamawiający wniósł jak na wstępie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Przedmiot zamówienia to odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Piekoszów w okresie od 01.01.2019 r. do 31.12.2021r.

Wobec treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu wskazano naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 PZP, art., 29 ust. 1 i 2 PZP, art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 487 § 2 KC poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia dla Części 1 w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz poprzez zapis rozdziału 6 pkt 13) i 14) załącznika nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim:

a) Zamawiający wprowadził wymóg zapewnienia zagospodarowania przez Wykonawcę odpadów w roku 2021 zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w sytuacji gdy nie są jeszcze znane poziomy recyklingu, które będą obowiązywały w roku 2021;

b) Zamawiający nie udostępnił Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia danych odnośnie ilości odpadów za pierwszych 8 miesięcy roku 2018 mimo, iż nimi dysponuje;

2) art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC i art. 487 § 2 KC oraz art. 142 ust. 5 PZP poprzez sporządzenie wzoru umowy dla Części 1 w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:

a) w § 4 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający wyłączył jakąkolwiek możliwość zmiany wynagrodzenia w całym 36-miesięcznym okresie realizacji zamówienia publicznego;

b) w § 8 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający zawęził zakres przypadków mogących uzasadniać zmianę wynagrodzenia umownego wykonawcy (co i tak pozostaje w sprzeczności z brzmieniem § 4 ust. 3 wzoru umowy) w odniesieniu do realiów przedmiotowego zamówienia

3) art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 1 PZP w zw. z art. 41 ust. 1 oraz 45 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 992) oraz w zw. z art. 6d. ust. 1 i 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454), zwanej dalej: UCPG) poprzez żądanie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów dla części 1 (Zadanie nr 1) przedmiotowego zamówienia, podczas gdy zbieranie odpadów w PSZOK jest przedmiotem zamówienia w części 2 (Zadanie nr 2) przedmiotowego zamówienia;

4) art. 10a ust. 1 -4 PZP w zw. z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) poprzez nie zawarcie w SIWZ postanowień dotyczących przekazywania JEDZ wyłącznie w formie elektronicznej.

Przedstawiono następujące wnioski (żądania) co do rozstrzygnięcia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) skrócenie terminu na jaki jest udzielane zamówienie publiczne do 2 lat (tj. od 1.01.2019 r. do 31.12.2020 r.), ewentualnie określenie, że poziomy recyklingu dla roku 2020 mają zastosowanie także dla roku 2021;

2) zmiany dotychczasowej treści § 4 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 13 do SIWZ) poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

Stosownie do treści art. 142 ust 5 ustawy Pzp Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 8 niniejszej umowy w następujących przypadkach:

a) w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług,

b) w przypadku zmiany 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,

c) w przypadku zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub zmiany wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,

d) zmiany warunków świadczenia usługi, jeżeli w chwili składania oferty warunki te nie były znane wykonawcy nawet przy dochowaniu należytej staranności, a są to warunki mające wpływ na wysokość wynagrodzenia z jednej strony, a z drugiej zaś konieczne w celu spełniania obowiązków w zakresie odbierania odpadów komunalnych nałożone przepisami prawa;

e) zmiany przepisów regulujących gospodarkę odpadami, które to przepisy mogą mieć bezpośredni wpływ na koszty świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia;

f) zmiany ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji we właściwej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych.

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania niniejszej umowy przez Wykonawcę.

3) uzupełnienie SIWZ w zakresie spełnienia wymagań odnośnie art. 10a PZP (np. zgodnie z zaleceniami opublikowanymi na stronie internetowej UZP);

4) usunięcia wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów jako warunku udziału w postępowaniu dla części 1 (Zadanie nr 1) przedmiotowego zamówienia;

5) uzupełnienie danych zawartych w pkt. IV OPZ o wartości dotyczące pierwszych 8-miu miesięcy bieżącego roku;

6) dokonania odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu będących konsekwencją pkt 1-5 powyżej;

a także:

- zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Z tak sformułowanych podstaw odwołania zamawiający uwzględnił następujące zarzuty o czym poinformował w złożonej odpowiedzi na odwołanie.

- 1) Zamawiający nie udostępnił Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia danych odnośnie ilości odpadów za pierwszych 8 miesięcy roku 2018 mimo, iż nimi dysponuje;
- 2) w § 4 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający wyłączył jakąkolwiek możliwość zmiany wynagrodzenia w całym 36-miesięcznym okresie realizacji zamówienia publicznego;
- 3) art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 1 PZP w zw. z art. 41 ust. 1 oraz 45 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 992) oraz w zw. z art. 6d. ust. 1 i 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454), zwanej dalej: UCPG) poprzez żądanie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów dla części 1 (Zadanie nr 1) przedmiotowego zamówienia, podczas gdy zbieranie odpadów w

PSZOK jest przedmiotem zamówienia w części 2 (Zadanie nr 2) przedmiotowego zamówienia;

- 4) art. 10a ust. 1 -4 PZP w zw. z art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) poprzez nie zawarcie w SIWZ postanowień dotyczących przekazywania JEDZ wyłącznie w formie elektronicznej.

W zakresie zarzutów uwzględnionych postępowanie odwoławcze umorzono.

Jako nie rozstrzygnięte przez zamawiającego na korzyść odwołującego pozostały zarzuty:

Zamawiający wprowadził wymóg zapewnienia zagospodarowania przez Wykonawcę odpadów w roku 2021 zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w sytuacji gdy nie są jeszcze znane poziomy recyklingu, które będą obowiązywały w roku 2021;

oraz częściowo

w § 8 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający zawęził zakres przypadków mogących uzasadniać zmianę wynagrodzenia umownego wykonawcy (co i tak pozostaje w sprzeczności z brzmieniem § 4 ust. 3 wzoru umowy) w odniesieniu do realiów przedmiotowego zamówienia, ponieważ w żądaniach i wnioskach odwołujący domagał się m.i.:

zmiany dotychczasowej treści § 4 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 13 do SIWZ) poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

d) zmiany warunków świadczenia usługi, jeżeli w chwili składania oferty warunki te nie były znane wykonawcy nawet przy dochowaniu należytej staranności, a są to warunki mające wpływ na wysokość wynagrodzenia z jednej strony, a z drugiej zaś konieczne w celu spełniania obowiązków w zakresie odbierania odpadów komunalnych nałożone przepisami prawa;

e) zmiany przepisów regulujących gospodarkę odpadami, które to przepisy mogą mieć bezpośredni wpływ na koszty świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia;

f) zmiany ceny zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji we właściwej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych.

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania niniejszej umowy przez Wykonawcę.

Reasumując zaistniały stan rzeczy w związku z uwzględnieniem w przeważającej części zarzutów odwołania Izba rozpoznawała zarzut dotyczący poziomu recyklingu, który

bezsposornie jak ustalono pomiędzy stronami jest ustalony bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa do dnia 31.12.2020 roku, jak również wniosek dotyczący wprowadzenia do umowy takich zmian, które przewidywałyby waloryzację wynagrodzenia w przypadku pozostałych zmian przepisów prawa jak i zmianę wynagrodzenia w RIPOK, które nie udzieliły odpowiedzi wykonawcy na temat prognozowanych zmian cen na okres przewidywanej umowy to jest od 01.01.2019 do 31.12.2021 roku.

Zamawiający składając odpowiedź na odwołanie jak i obszerne wyjaśnienia na rozprawie stwierdzał, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i jasny wyczerpując postanowienia art.29 ust.1 i 2 ustawy pzp. Ponadto wskazywał na okoliczność, że w SIWZ obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe, którego cechą wyróżniającą jest niezmiennosc przywołując art.628 i 632 k.c. określające warunki ewentualnej zmiany ceny ryczałtowej w trakcie realizacji zamówienia.

Odwołujący przedstawił na rozprawie szereg dowodów na okoliczność, iż RIPOK mimo kierowanych do niego zapytań i interwencji u jego właściciela nie otrzymał informacji o przewidywanym poziomie cen na okres realizacji przedmiotowego zamówienia. Z kolei przepisy na okoliczność poziomu recyklingu regulowane przepisami unijnymi wskazują na minimalne poziomy recyklingu a co nie ma przełożenia na poziomy recyklingu formułowane w krajowych przepisach prawa jako bezwzględnie obowiązujące.

Izba rozważając podniesioną argumentację w sprawie zarówno przez odwołującego jak i przez przystępującego oraz zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu skrócenie przewidywanego okresu realizacji zamówienia o jeden rok to jest począwszy od dnia 01.01.2021r. do 31.12.2021 r. czyli okres realizacji umowy miałyby miejsce w okresie od 01.01.2019 r. do dnia 31.12.2020r. Powyższe odnosi się do nie wskazania wymaganego recyklingu a co ma wpływ na spełnienie warunku jak i jego skalkulowanie. W ocenie Izby ta sytuacja wskazuje na brak wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia warunkującego w ogóle możliwość złożenia oferty jak i jej wyceny. Obowiązująca w prawie cywilnym zasada ekwiwalentności świadczeń wyklucza brak zdefiniowania przedmiotu zamówienia w zakresie tego parametru świadczenia usługi to jest wymaganego poziomu recyklingu.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego co do domagania się wprowadzenia do umów elementów waloryzacyjnych w przypadku zmian cenników w RIPOK. Skoro odwołujący nie zakwestionował reżimu wynagrodzenia ryczałtowego to w ocenie Izby zbyt daleko posuniętym żądaniem byłoby wprowadzenie elementów waloryzacji wynagrodzenia tak jak to może mieć miejsce w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego powołując się na treść art.628 i 632 k.c..



W związku ze stwierdzonym naruszeniem art.29 ust.1 i ust.2 W ZW. Z ART.7 UST.1ustawy Pzp odwołanie w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp. zostaje uwzględnione.

O kosztach orzeczono jak w sentencji zgodnie z art.192 ust.9 i 10 ustawy Pzp

Przewodniczący: .....