

WYROK

z dnia 21 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o.**, ul. Techniczna 6, 05-500 Piaseczno w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Lesznowola**, ul. Gminna 60, 05-506 Lesznowola

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o.**, ul. Techniczna 6, 05-500 Piaseczno i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Lesznowola (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Lesznowola” znak sprawy: RZP.271.5.04.2019” („zwane dalej również „Zamówieniem”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 kwietnia 2019 r., numer: 2019/S 082-195177. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 6 maja 2019 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie na czynność sporządzenia przez Zamawiającego SIWZ, zarzucając, iż nastąpiło to w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i prowadzący do złożenia nieporównywalnych ofert poprzez nieprawidłowe określenie sposobu wynagradzania wykonawcy oraz sposobu obliczenia ceny wynikający ze wzoru Formularza oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 5 Kodeksu cywilnego (k.c.) oraz art. 353' k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp, *poprzez naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz przekroczenie zasady swobody umów w wyniku przerzucenia ryzyka realizacji zamówienia za wynagrodzenie niepodlegające zmianie w przypadku zwiększenia lub zmniejszenia podstawowego czynnika „kosztotwórczego”, jakim jest ilość odbieranych odpadów.*

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ polegającej na wprowadzeniu zmiany sposobu wynagradzania wykonawcy poprzez określenie ceny za odbiór 1 tony odpadów (nie jak obecnie za jeden miesiąc świadczenia usługi), a w konsekwencji zmiany wzoru Formularza oferty (sposobu obliczania ceny oferty), a także uzupełnienia SIWZ o postanowienia określające konsekwencje przekroczenia ilości odpadów, do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach zawartej umowy (dodatkowe wynagrodzenie lub uznanie umowy za wykonaną).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż w postępowaniu Zamawiający ustanowił ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Charakterystycznym dla wynagrodzenia ryczałtowego, zgodnie z dyspozycją art. 632 § 1k.c., jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, jest, że przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Z uwagi na powyższe, wykonawcy w niniejszym postępowaniu muszą bardzo dokładnie oszacować wartość prac, tak by złożyć ofertę, która zapewni im zysk. Jednocześnie, z uwagi na fakt, że cena stanowi podstawowe kryterium oceny ofert (waga - 60%), wykonawcy nie mogą przyjąć zbyt dużego marginesu ostrożności, bowiem może to spowodować, że nie uzyskają oni zamówienia. W konsekwencji, dla wykonawców kluczowym jest, by Zamawiający podał w opisie przedmiotu zamówienia precyzyjne i dokładne dane, na podstawie których będą mogli oni dokładnie oszacować wartość prac i skalkulować realnie ofertę. Tymczasem Zamawiający w OPZ zastrzega: pkt 1.7 "Ilości nieruchomości są orientacyjne. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany ilości punktów odbioru odpadów. Ich ilość w ciągu okresu realizacji zamówienia może wzrosnąć lub zmaleć, pkt 1.8 "Zamawiający zastrzega, że ilość odpadów do odbioru z terenu Gminy Lesznowola w ciągu okresu realizacji zamówienia może ulec zmianie". W związku z powyższym niemożliwe jest sporządzenie prawidłowej kalkulacji ryczałtowej. Jedynie zastosowanie zaproponowanego przez Odwołującego sposobu określenia ceny oferty tj. ceny za odbiór 1t odpadów umożliwi złożenie prawidłowo skalkulowanej oferty i pozwoli na zgodne ze stanem faktycznym rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w przypadku, gdy "przewidywane ilości" będą odbiegać od rzeczywistych. Takie rozliczenie, "za tonę" odebranych odpadów, stosują sąsiednie gminy jak Piaseczno, Warszawa, Grodzisk Mazowiecki, Brwinów itd. W przypadku nie uwzględnienia wniosku o zmianę sposobu rozliczenia postulowane jest wprowadzenie ścisłych zapisów określających, co obejmuje ryczałt (w szczególności jaki tonaż) oraz wprowadzenie dodatkowej ceny w sytuacji gdy tonaż przekroczy wielkości ujęte w ryczałcie. Odwołujący podniósł, iż sposób opisu przedmiotu zamówienia w przypadku stosowania ryczałtowego wynagrodzenia jako sposobu rozliczenia z wykonania usług obejmujących odbiór i zagospodarowanie odpadów był już przedmiotem analizy i rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej, która uznała, iż: „Zgodnie z art. 29 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający powinien podać wykonawcom dokładne i kompletne dane dotyczące przedmiotu zamówienia, a opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji między wykonawcami. Zamawiający musi więc w bardziej dokładny sposób określić zakres zobowiązania wykonawców. Jest to szczególnie istotne z powodu ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego niezależnie od rzeczywistego rozmiaru wykonanych prac.

Nie oznacza to jednak, iż zobowiązania stron już z założenia mają być potencjalnie wzajemnie nieekwiwalentne, a wykonawca być zobowiązany do świadczenia o kompletnie nieokreślonym zakresie i koszcie, nie mającego żadnych granic poza czasowymi. Z tego powodu zamawiający powinien określić co najmniej (dla każdego zadania osobno): 1. maksymalną ilość odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach przewidzianego wynagrodzenia ryczałtowego, 2. maksymalną ilość odbiorów odpadów w sytuacjach, o których mowa w punkcie 2.5. rozdziału V opisu przedmiotu zamówienia, do których odebrania wykonawca będzie zobowiązany w ramach wynagrodzenia ryczałtowego" (wyrok KIO o sygn. akt: 1126/13; KIO 1128/13, 1132/13,1133/13). Podobnie w wyroku z dnia 16 stycznia 2013 roku (KIO 2941/12) Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że „Nie sposób sobie wyobrazić, że w przypadku usługi odbioru i zagospodarowania odpadów można było skalkulować realną i opłacalną ofertę cenową możliwą do prawidłowego porównania z innymi ofertami bez znajomości podstawowych parametrów mających znaczenie dla jej kalkulacji. Tymi są niewątpliwie maksymalna ilość odpadów”. Natomiast w wyroku z dnia 22 października 2018 roku (KIO 2030/18), Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „W przypadku usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, za realizację której przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe, wykonawca nie ma możliwości skalkulowania realnej i opłacalnej oferty cenowej możliwej do prawidłowego porównania z innymi ofertami bez znajomości podstawowych parametrów mających znaczenie dla jej kalkulacji. Za taki parametr należy w szczególności uznać ilość (masę) odpadów, do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach umowy. Powyższy wniosek koresponduje ze stanowiskiem przedstawionym przez Odwołującego, który jako podstawowy czynnik „kosztotwórczy” wskazał ilość odbieranych odpadów. Podstawowe znaczenie ww. parametru wynika również z zawartego w odwołaniu wniosku o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany sposobu wynagradzania wykonawcy poprzez określenie ceny za odbiór 1 tony odpadów.” I dalej w tym samym wyroku: „Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wskazanie odrębnie dla każdej części zamówienia maksymalnej ilości odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach wynagrodzenia przewidzianego za realizację danej części zamówienia. Należy podkreślić, iż ww. dane nie są aktualnie zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia zawiera jedynie dane historyczne, które mogą być jedynie pomocne przy sporządzaniu oferty, nie są jednak objęte zobowiązaniem wykonawcy. (...) Jednocześnie Zamawiający powinien uzupełnić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia o postanowienia określające konsekwencje przekroczenia ilości odpadów, do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach zawartej umowy. Konsekwencje, o których mowa powyżej, mogą w szczególności polegać na przyznaniu wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia (w takim przypadku powinny zostać

określone zasady ustalania wysokości dodatkowego wynagrodzenia) lub uznaniu umowy za wykonaną.” Odwołujący wskazał również, że zalecenia odnośnie odchodzenia od ryczałtowego systemu rozliczania się gmin za odbiór odpadów są także zawarte w Projekcie ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (<https://bip.kprm.gov.pl/kpr/form/r178474523,Projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-utrzymaniu-czystosci-i-porzadku-w-gminach.html>) - w informacjach o przyczynach i potrzebie wprowadzenia rozwiązań planowanych w projekcie wskazuje się: "rekomendowane jest podjęcie działań w zakresie nowelizacji ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w celu wyeliminowania zidentyfikowanych problemów: (...) możliwość ryczałtowego rozliczania firmy odbierającej odpady komunalne od mieszkańców, co utrudnia gminom kontrolę nad strumieniem odpadów komunalnych oraz może prowadzić do podwyższenia kosztów systemu (przeszacowanie kosztów odbioru odpadów komunalnych). Powyższe przeszacowanie wynika właśnie z podejmowanych przez Wykonawców prób przygotowania oferty na podstawie wyłącznie ilości "orientacyjnych", "prognozowanych", "przewidywanych", jak opisuje przedmiot zamówienia Zamawiający w OPZ.

Pismem z dnia 10 maja 2019 r, złożonym do Prezesa Izby w dniu 14 maja 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której stwierdził, m.in., że nie zgadza się z zarzutami Odwołującego, iż sformułował treść SIWZ niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i prowadzący do złożenia nieporównywalnych ofert poprzez nieprawidłowe określenie sposobu wynagradzania wykonawcy oraz sposobu obliczenia ceny wynikającego ze wzoru Formularza oferty. Tym samym Zamawiający uznał za całkowicie bezzasadne żądania Odwołującego dotyczące zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ polegającej na wprowadzeniu zmiany sposobu wynagrodzenia wykonawcy poprzez określenie ceny za odbiór 1 tony odpadów, a w konsekwencji zmiany wzoru Formularza oferty (sposobu obliczenia ceny oferty), a także uzupełnienia SIWZ o postanowienia określające konsekwencje przekroczenia ilości odpadów, do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach zawartej umowy (dodatkowe wynagrodzenie lub uznanie umowy za wykonaną). Opis przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik nr 12 do SIWZ został przygotowany w sposób zapewniający zapewnienie uczciwej konkurencji. Zamawiający sporządził go zgodnie z wymaganiami zawartymi w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp tj. w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający przygotowując przedmiotowy opis dochował należytej staranności, aby nie zawierał on żadnych sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretnego Wykonawcę. Wobec powyższego,

zdaniem Zamawiającego, w żaden sposób nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem dotyczącym przygotowania SIWZ w sposób prowadzący do złożenia w postępowaniu nieporównywalnych ofert, wskazując, iż według Słownika Języka Polskiego „porównywalny” to taki, który jest podobny do innego na tyle, aby można go z nim porównać. W przypadku udzielania zamówień publicznych, oferty muszą być porównywalne, przedmiot zamówienia musi być porównywalny, obejmować ten sam zakres, Wykonawcy oferujący ten sam przedmiot zamówienia muszą spełniać takie same warunki udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego Wykonawcy mogą złożyć porównywalne oferty, gdyż opis przedmiot zamówienia jest sporządzony zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a Wykonawcy muszą spełniać jednakowe warunki udziału w postępowaniu. Ponadto do kalkulacji ceny ofertowej Wykonawcy będą wykorzystywać takie same dane oraz informacje zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Nadto ustawodawca w ustawie Pzp nie wprowadza wymogu stosowania konkretnego sposobu wynagrodzenia w stosunku do danego przedmiotu zamówienia. W tej kwestii decyzja należy do Zamawiającego. Wobec powyższego Zamawiający może ustalić w prowadzonym postępowaniu wybrany przez siebie sposób wynagrodzenia za wykonane usługi. Zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w art. 632 Kodeksu cywilnego. Jednocześnie Zamawiający zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przewidział w SIWZ przypadki, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zmieniona. Ponadto umowa może być zmieniona w okolicznościach, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt. 2, 3 ustawy Pzp.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący świadczy usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Lesznowola, która jest przedmiotem prowadzonego postępowania, nieprzerwanie od dnia 1 marca 2014 r. do chwili obecnej, na podstawie trzech kolejnych umów obejmujących okresy: od 01.03.2014 r. do 31.12.2015 r., 01.10.2016 r. do 31.12.2017 r. oraz od 01.01.2018 r. do 31.07.2019 r. Umowy te były zawarte w wyniku wyboru Wykonawcy w drodze przetargu nieograniczonego. Wobec powyższego Odwołujący powinien najdokładniej znać ilość odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie Gminy Lesznowola. Zamawiający podał, iż w pkt 1.7 Opisu przedmiotu zamówienia podał ilość punktów odbioru odpadów wg stanu na dzień 31.12.2018 r., a użycie zwrotu „ilości nieruchomości są orientacyjne. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany ilości punktów odbioru odpadów. Ich ilość w ciągu okresu realizacji zamówienia może wzrosnąć lub zmaleć” wynika z trudności w dokładnym wskazaniu liczby nowych nieruchomości, które zostaną włączone do systemu w trakcie realizacji zamówienia. To samo dotyczy liczby koszy ulicznych i na placach zabaw. Stąd w ppkt 1.7 h) znalazło się stwierdzenie: „W trakcie trwania

zamówienia przewiduje się 10% wzrost liczby gospodarstw domowych oraz liczby mieszkańców”. W pkt 1.8 tabela 1. Zamawiający podał ilość odpadów do odebrania w ciągu 12 miesięcy obliczoną na podstawie sprawozdań podmiotu odbierającego odpady komunalne za rok 2018, gdzie Zamawiający założył 20% wzrost masy odpadów do odebrania - dotyczy odpadów zmieszanych, wielkogabarytowych, zielonych oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych. Natomiast masę pozostałych frakcji tj. zmieszanych odpadów opakowaniowych, opakowań szklanych i odpadów papieru i tektury zwiększono o 10%. Sprawozdania za 2018 r., na podstawie których wyliczono masę odpadów do odbioru w ciągu 12 m-cy zostały przedstawione Zamawiającemu przez Odwołującego, jako podmiot odbierający odpady komunalne z terenu Gminy Lesznowola. W tabeli nr 2 Zamawiający przedstawił masę odpadów do odebrania w ciągu całego okresu realizacji zamówienia, tj. w ciągu 17 m-cy. Ilości poszczególnych frakcji odpadów zostały wyliczone na podstawie sprawozdań podmiotu odbierającego odpady komunalne z lat 2016-2018, przy założonym wzroście odpowiednio 10% i 20% (jak powyżej). Tu również są to sprawozdania przedstawione Zamawiającemu przez Odwołującego, który świadczył przedmiotową usługę również w tym okresie, a zatem trudno jest uznać, że przedstawione przez Zamawiającego ilości odpadów do odbioru i zagospodarowania w ramach zamówienia są dla Odwołującego ilościami „prognozowanymi” czy „orientacyjnymi”.

Stwierdzenie Odwołującego dotyczące rozliczenia „za tonę” odebranych odpadów, stosowanego w sąsiednich gminach jak Piaseczno, Warszawa, Grodzisk Mazowiecki, Brwinów itd. jest wybiórcze, ponieważ wynagrodzenie ryczałtowe zostało przyjęte w większości gmin sąsiadujących z Gminą Lesznowola tj.: Tarczyn, Raszyn, Nadarzyn, Góra Kalwaria, Prażmów czy Konstancin - Jeziorna. W przypadku gminy Konstancin - Jeziorna, Odwołujący był również uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów (złożył ofertę) i przyjęte przez Zamawiającego wynagrodzenie ryczałtowe nie było przez niego kwestionowane. Ponadto Zamawiający podkreślił, iż brak jest możliwości zastosowania przez Zamawiającego w postępowaniu rozliczenia za 1 tonę odpadów komunalnych, gdyż w trakcie odbioru odpadów samochodami nie ma możliwości ich ważenia. Wprowadzenie konieczności zastosowania urządzeń wagowych na samochodach odbierających odpady prowadziłoby do ograniczenia konkurencyjności w postępowaniu oraz zwiększyłoby znacznie koszty odbioru odpadów. W przypadku wyboru oferty Odwołującego w niniejszym postępowaniu i przyjęciu rozliczenia za 1 tonę odpadów prowadziłoby również do problemów dokumentacyjnych, gdyż Wykonawca świadcząc usługi odbioru odpadów w sąsiedniej Gminie Piaseczno i Gminie Lesznowola mógłby odbierać jednocześnie odpady z dwóch gmin, co uniemożliwiłoby kontrolę ilości odpadów.

Pismem z dnia 20 maja 2019 r., doręczonym Prezesowi Izby w tym dniu w postaci elektronicznej Odwołujący podał m.in., iż w pełnym zakresie podtrzymuje zarzuty podniesione w odwołaniu z dnia 6 maja 2019 r. i wnosi o uwzględnienie odwołania. Wskazał jednocześnie że postawiony zarzut dotyczy również ewidentnego naruszenia przepisu art.29 ust.1 i 2 ustawy Pzp. Wskazanie tego przepisu na tym etapie postępowania odwoławczego oraz fakt, iż w treści odwołania przepis ten nie został literalnie wskazany, zdaniem Odwołującego, nie zmienia ani zakresu zarzutów, ani stanu faktycznego. Na str. 6 odwołania (przedostatni akapit) wskazał bowiem na przedmiotową wadliwość czynności Zamawiającego wiążąc ją z „opisem przedmiotu zamówienia”. Odwołujący przywołał orzeczenia KIO i sądów powszechnych oraz orzeczenia KIO, stwierdzając, iż do Izby należy subsumpcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności czynności zamawiającego, które kwestionuje odwołujący. Tak np. w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2018 r. Sygn. akt: KIO 1728/18: „ ... zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, wskazuje się na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutów, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza ich treść (tak np. w Wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I Ca 117/12). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumpcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności czynności zamawiającego, które kwestionuje odwołujący.” Analogiczne stanowisko wynika wprost z orzecznictwa Sądu Najwyższego - to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia. Np. w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2016 r. Sygn. akt III CSK 156/15, Sąd stwierdził, iż: należy przypomnieć, że obowiązkiem strony powodowej jest wskazanie jedynie podstawy faktycznej swojego żądania. Sądowi nie wolno zasądzić czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. Chodzi o podstawę faktyczną, a nie o kwalifikację prawną (orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57). Obowiązkiem Sądu jest bowiem ocena żądania powoda i obrony pozwanego w świetle obowiązującego prawa (da mihi factum, dabo tibi ius). Kwalifikacja prawna stanu faktycznego - ustalonego w wyniku rozpoznania sprawy - należy do Sądu, który jej dokonuje w procesie subsumpcji (por. np. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 2 maja 1957 r., 2 CR 305/57, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2014 r., ICSK 274/13).” Podobnie w wyroku Sądu

Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14, wielokrotnie przywoływanego w uzasadnieniach wyroków Krajowej Izby Odwoławczej .

Natomiast, odnośnie żądań, co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, to - mając na uwadze: art.192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z dnia 23 lipca 2014 r. poz. 964 wraz ze zmianami - rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2016 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Dz.U. z dnia 4 stycznia 2017 r. poz.14). wskazał, iż § 4. 1. Odwołanie zawiera: wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy; przedstawienie zarzutów; żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zwłaszcza treść uzasadnienia wyroku z dnia 22 października 2018 r. Sygn. akt KIO 2030/18, w którym Izba uznała, iż: nie może narzucić Zamawiającemu przyjęcia określonego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy i nakazać zmianę na wynagrodzenie, o którym mowa powyżej (wynagrodzenie ryczałtowe). Dokonanie takiej modyfikacji stanowi jednak uprawnienie Zamawiającego, niezależnie od wydanego w niniejszej sprawie wyroku, co znalazło odzwierciedlenie w treści zastrzeżenia poczynionego w ramach rozstrzygnięcia zawartego sentencji wyroku.” Odwołujący, z ostrożności procesowej, ujął żądanie poprzez:

1) nakazania Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ - alternatywnie - poprzez:

a) wskazanie maksymalnej ilości odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach wynagrodzenia przewidzianego za realizację danej części zamówienia, wraz z określeniem konsekwencji przekroczenia tej ilości

albo

2) zmianę przyjętego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy na wynagrodzenie ustalane za określoną ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów.

W odniesieniu do powyższych żądań Odwołujący dodatkowo wskazał, na postanowienia wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ, w tym §14 oraz §8 umowy, §3 ust.10 oraz ust. 11, §7, które jego zdaniem wskazują na to, iż Zamawiający będzie, zarówno na bieżąco, jak i w okresach miesięcznych dysponował dokładnymi danymi dotyczącymi ilości (wagi) zebranych odpadów i ilości odpadów przekazywanych do zagospodarowania na RIPOK-u. A więc zmiana sposobu wynagrodzenia, oparta na ilości, nie powinna stanowić dla Zamawiającego żadnego istotnego problemu. Zdaniem Odwołującego pośrednio potwierdza wadliwość czynności Zamawiającego informacja ujęta w „Wykazie prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów” , dotycząca projektu UD332 - Projekt ustawy o zmianie ustawy

o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w którym w informacji o przyczynach i potrzebie wprowadzenia nowych rozwiązań, jako zidentyfikowany problem wskazano dokonywanie ryczałtowego rozliczania firm odbierających odpady komunalne, a istotą rozwiązań ujętych w projekcie nowelizacji jest: „uniemożliwienie ryczałtowego rozliczania się pomiędzy gminą a podmiotem odbierającym odpady komunalne np. przez określenie płatności przez gminy za odbiór odpadów wyłącznie w odniesieniu do masy odpadów przekazanych do przetwarzania”.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację przedstawioną przez Zamawiającego na płycie CD.

Po zapoznaniu się z treścią przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy i wysłuchaniu stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej, Odwołujący podał, iż prowadzi działalność w zakresie świadczenia usług zbieżnych z przedmiotem Zamówienia, a tym samym jest podmiotem zainteresowanym w jego uzyskaniu. W swojej dotychczasowej praktyce realizował wiele zamówień, których przedmiot był zbliżony do zakresu objętego przedmiotem analizowanego postępowania. W związku z tym posiada wymagane doświadczenie, wiedzę i zasoby potrzebne do ubiegania się o zamówienie. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, naruszenia, jakich dopuścił się Zamawiający, uniemożliwiają mu ubieganie się o Zamówienie w sposób zgodny z treścią ustawy Pzp. Niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i przepisami prawa sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ nie pozwalają na złożenie rzetelnej oferty. Wykonawca nie będzie mógł złożyć oferty w postępowaniu, a zatem nie będzie miał możliwości uzyskać Zamówienia. To może spowodować szkodę w majątku Odwołującego, który nie osiągnie przychodu i zysku na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyeliminowania powyższego, co pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty na warunkach zgodnych z zasadami uczciwej konkurencji.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty i pozyskaniem zamówienia, a tym samym ukształtowaniem postanowień SIWZ, które umożliwią mu złożenie oferty.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Jak wynika z Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) przedmiotem zamówienia jest:

- 1) Odbiór wskazanych w opisie zamówienia odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne oraz z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe lub innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe wykorzystywanych jedynie przez część roku, odpadów żywnościowych z placówek oświatowych prowadzonych przez Gminę Lesznowola oraz z koszy ulicznych, przystankowych i znajdujących się na placach zabaw i obiektach sportowo-rekreacyjnych położonych na terenie gminy Lesznowola,
- 2) transport odpadów komunalnych,
- 3) zagospodarowanie odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującym prawem i przepisami wynikającymi z WPGO dla Mazowsza,
- 4) sporządzenie harmonogramu odbioru odpadów komunalnych oraz jego dostarczenie po zaakceptowaniu przez Zamawiającego wszystkim właścicielom nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Lesznowola,
- 5) usuwanie i sprzątanie nielegalnych wysypisk odpadów, które w razie wystąpienia Zamawiający będzie zgłaszał telefonicznie lub za pomocą poczty elektronicznej. Wykonawca zobowiązany będzie do zlikwidowania nielegalnych wysypisk w terminie uzgodnionym z Zamawiającym, jednak nie dłuższym niż 4 dni robocze. Przewiduje się 4-5 działań w ciągu roku.

OPZ zawiera szczegółowe dane charakteryzujące zamówienie według stanu na dzień 31.12.2018 r., w tym powierzchnię Gminy, liczbę mieszkańców z podziałem na zabudowę jednorodzinną oraz wielorodzinną, łączną liczbę nieruchomości, dla których złożono podaną liczbę z podziałem na nieruchomości zamieszkałych, niezamieszkałych, letniskowych (wg. stanu nadziej 15.03.2019). Nadto zawiera liczbę budynków jednorodzinnych (gospodarstw domowych), liczbę budynków wielorodzinnych, liczbę altan śmietnikowych, liczbę Rodzinnych Ogrodów Działkowych, w tym ze wskazaniem na liczbę działek. Nadto OPZ zawiera informację, że w trakcie trwania zamówienia przewiduje się wzrost liczby gospodarstw domowych oraz liczby mieszkańców o 10 % oraz informację o rodzajach pojemników. Nadto zawiera prognozowaną ilość odpadów komunalnych, w podziale na prognozowaną liczbę mieszkańców oraz ilości wytworzonych odpadów przewidziane do odbioru na terenie Gminy (Tabela I) masę odpadów odebranych w latach 2016-2017 oraz przewidywaną ilość odpadów do odebrania ze wskazaniem, że jest to opracowanie własne na podstawie sprawozdań składanych przez podmiot odbierający odpady komunalne w tych latach. Jednocześnie Zamawiający w OPZ zamieścił uwagi do sposobu wyliczenia przewidywanej ilości odpadów komunalnych, podając, iż przewidywana ilość odpadów do odbioru i zagospodarowania w

okresie obowiązywania umowy (kol. 8) została obliczona jako iloczyn średniej miesięcznej ilości odpadów z lat 2016-2017 (kol.7) powiększony o przewidywany wzrost ilości odpadów oraz miesięcy obowiązywania umowy tj. 17. Masa odpadów o kodach: 15 01 06, 20 01 01 i 20 01 02 została zwiększona o 10%. Masa odpadów o kodzie 20 03 01, 20 03 07, 20 02 01 oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych została zwiększona o 20%. Nadto OPZ zawiera informacje dotyczące częstotliwości odbioru odpadów, m.in. w podziale na rodzaj zabudowy i rodzaj odpadów, częstotliwość opróżniania koszy przystankowych, ulicznych i na placach zabaw z podaniem lokalizacji. OPZ zawiera również wskazane w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie pkt 1.7 i 1.8.

Izba zważyła ci następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu. Odwołujący, na którym, stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał zasadności zarzutów i związanych z nimi żądań przedstawionych w odwołaniu.

Izba orzeka w granicach zarzutów odwołania. Przez zarzut należy rozumieć wskazanie przyczyn dla których wykonawca kwestionuje czynność lub zaniechanie zamawiającego z uwagi na jej sprzeczność z przepisami ustawy, uzasadnione przytoczonymi w odwołaniu okolicznościami faktycznymi i prawnymi wykazanymi za pomocą dowodów. W przypadku zarzutów dotyczących treści SIWZ ocenia się je z uwzględnieniem żądań dotyczących ich postulowanej zmiany w sposób, który zdaniem odwołującego doprowadzi postanowienia SIWZ do zgodności z ustawą.

Stosownie do art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp, odnoszącego się do podstawowych zasad postępowania o zamówienie publiczne powinien być postawiony wraz ze wskazaniem, jaki przepis ustawy regulujący powinności zamawiającego, został naruszony. Co do zasady przepis ten nie może bowiem stanowić samodzielnej podstawy zarzutów odwołania, lecz powinien odnosić się do konkretnego przepisu ustawy Pzp. Odwołanie nie może być ogólnikowe, powinno zawierać elementy, o których mowa w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, tj. powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołanie wnosi się w terminie określonym w ustawie Pzp. Stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie

jest prowadzone na podstawie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przypadku, gdy wartość przedmiotu zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Termin ten nie jest możliwy do przywrócenia. Odwołujący nie jest uprawniony do formułowania zarzutów i żądań odwołania po upływie terminu na jego wniesienie w osobnym piśmie składanym do Prezesa Izby. Po upływie ustawowego terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak też doprecyzowywanie treści zarzutów i żądań przedstawionych w odwołaniu.

Przechodząc od tych ogólnych spostrzeżeń, na grunt rozpoznawanej sprawy, w pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, iż Izba orzekała w granicach zarzutów odwołania i postawionych w nim żądań, a nie w granicach określonych w później złożonym przez Odwołującego piśmie.

Odwołujący w odwołaniu stawia zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 5 Kodeksu cywilnego (k.c.) oraz art. 353' k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz przekroczenie zasady swobody umów w wyniku przerzucenia ryzyka realizacji zamówienia za wynagrodzenie niepodlegające zmianie w przypadku zwiększenia lub zmniejszenia ilości odbieranych odpadów, tj. wiąże je z tym, iż Zamawiający przewidział w postępowaniu wynagrodzenie ryczałtowe. Z tak postawionym zarzutem Odwołujący łączy żądanie nakazania Zamawiającemu, aby w miejsce wynagrodzenia ryczałtowego wprowadził wynagrodzenie za odbiór 1 tony odpadów oraz nakazania uzupełniania SIWZ o postanowienia dotyczące konsekwencji przekroczenia ilości odpadów do odbioru i zagospodarowania, których wykonawca będzie zobowiązany w ramach umowy (dodatkowego wynagrodzenie lub uznanie umowy za wykonaną).

Powyższe wskazuje, że Odwołujący nie stawia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego określonego przepisu ustawy Pzp, lecz ogranicza się do wskazania przepisów zawierających zasady czy to postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art.7 ust. 1 który stanowi 1. *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości* i art. 139 ust. 1, zgodnie z którym *do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, czy przepisy Kodeksu cywilnego (art. 5, który stanowi, iż *nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub*

z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony oraz art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) Oznacza to brak zarzutu naruszenia przez Zamawiającego konkretnego przepisu ustawy Pzp, a w konsekwencji wadliwość odwołania. Izba nie może domniemywać treści niewskazanych w zarzutach i żądaniach Odwołującego, przy czym nie może też za stanowisko Odwołującego traktować wskazanych w odwołaniu też orzeczeń wydanych w innych sprawach, w tym np. na tle innego stanu faktycznego, na tle inaczej sformułowanych zarzutów i żądań odwołania.

Treść odwołania wskazuje, że żądaniem, jakie czyni zadość interesom Odwołującego jest zastąpienie wynagrodzenia z ryczałtowego, które zostało przewidziane w SIWZ, wynagrodzeniem za odbiór 1 tony odpadów.

Żaden z przepisów ustawy Pzp, nie zakazuje stosowania wynagrodzenia ryczałtowego w przypadku usług odbioru i zagospodarowania odpadów. Nie zostało wykazane, aby przepis innej ustawy wprowadzał zakaz w tym zakresie. Wykazywana w odwołaniu okoliczność związana z pracami ustawodawczymi nie oznacza, iż zakaz w tym zakresie obecnie obowiązuje. Tym samym nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby poprzez przewidzenie w SIWZ wynagrodzenia ryczałtowego, doszło do naruszenia przepisów jakiegokolwiek ustawy. Nadto, jak podnosił Zamawiający, Odwołujący realizuje zamówienia, gdzie zostało przewidziane takie wynagrodzenie. Nie należy zatem zakładać, że godząc się na nie w innych zamówieniach, także tych realizowanych na rzecz Zamawiającego, działał w warunkach naruszenia prawa.

Nie zostało również wykazane, aby dane zawarte w SIWZ nie pozwalały na sporządzenie oferty, jak również, aby oferty nie mogły być porównywalne. Przeciwnie, podana przez Odwołującego okoliczność, iż z uwagi na przyjętą formę wynagrodzenia ryczałtowego *„wykonawcy w niniejszym postępowaniu muszą bardzo dokładnie oszacować wartość prac, tak by złożyć ofertę, która zapewni im zysk. Jednocześnie, z uwagi na fakt, że cena stanowi podstawowe kryterium oceny ofert (waga - 60%), wykonawcy nie mogą przyjąć zbyt dużego marginesu ostrożności, bowiem może to spowodować, że nie uzyskają oni zamówienia.”* potwierdza, że jest możliwe sporządzenie oferty, a to, że każdy z nich może przyjąć w kalkulacji ceny oferty swój „margines ostrożności” nie wskazuje na to, że oferty będą nieporównywalne. Skoro każdy z wykonawców będzie dokonywał kalkulacji ceny oferty w oparciu o te same informacje podane w OPZ (niesporne) i każdy z wykonawców będzie się zobowiązywał do takiego samego świadczenia (niesporne), to oferty będą porównywalne. Zauważenia przy tym wymaga, że także przy przyjęciu wnioskowanego przez Odwołującego

wynagrodzenia za 1 tonę odpadów wykonawcy będą musieli zastosować przez siebie stosowany ww. „margines bezpieczeństwa” kalkulując cenę za tonę odpadów, zważywszy przy tym, że jak zostało podane na rozprawie przez Zamawiającego, ceny stosowne w RIPOK-ach ulegają zmianie, a umowa ma być zawarta na 17 miesięcy. W związku z tym wspomniany przez Odwołującego obowiązek dokładnego oszacowania wartości prac dotyczy każdej sytuacji, bez względu na formę wynagrodzenia. Nie jest to zatem argument przemawiający przeciwko wynagrodzeniu ryczałtowemu.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że dla wykonawców ważnym jest, aby Zamawiający podał w opisie przedmiotu zamówienia precyzyjne i dokładne dane, na podstawie których będą mogli oni dokładnie oszacować wartość prac i skalkulować realnie ofertę. Zauważenia wymaga przy tym, iż Odwołujący nie kwestionuje opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego, nie podnosi, że nie zawiera on wymaganych danych mających wpływ na sporządzenie oferty. Koncentruje się jedynie, na pkt. 1.7 OPZ gdzie Zamawiający, zastrzegł sobie prawo zmiany ilości punktów odbioru odpadów, przy czym wskazując, iż ich ilość w ciągu okresu realizacji zamówienia może wzrosnąć lub zmaleć, pomijając przy tym, iż w ppkt 1.7 h) została wprowadzona informacja, iż w trakcie trwania zamówienia przewiduje się 10% wzrost liczby gospodarstw domowych oraz liczby mieszkańców, oraz na pkt 1.8 gdzie Zamawiający zastrzegł, iż ilość odpadów do odbioru z terenu Gminy w ciągu realizacji zamówienia może ulec zmianie, pomijając przy tym, iż w tabeli 1. Zamawiający podał ilość odpadów do odebrania w ciągu 12 miesięcy obliczoną na podstawie jego sprawozdań za rok 2018, gdzie Zamawiający założył 20% wzrost masy odpadów do odebrania odpadów zmieszanych, wielkogabarytowych, zielonych oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych, natomiast masę pozostałych frakcji tj. zmieszanych odpadów opakowaniowych, opakowań szklanych i odpadów papieru i tektury - zwiększył o 10%, zaś w tabeli nr 2 natomiast przedstawił masę odpadów do odebrania w ciągu całego okresu realizacji zamówienia, przy czym wskazując, iż ilości poszczególnych frakcji odpadów zostały wyliczone na podstawie sprawozdań podmiotu odbierającego odpady komunalne z lat 2016-2018, przy założonym wzroście odpowiednio 10% i 20% (jak powyżej).

Odwołujący nie kwestionował podanych w OPZ danych, nie kwestionował również, iż przyjęty przez Zamawiającego ww. poziom wzrostu ilości odpadów komunalnych jest np. zbyt mały. Oznacza to, że założenia przyjęte przez Zamawiającego są przez niego akceptowane. Nadto przyjęcie takiego wzrostu wskazuje, iż danych w tabeli nie należy traktować wyłącznie w wymiarze historycznym, lecz w wymiarze uwzględniającym sytuację jaka może, choć nie musi zaistnieć w czasie realizacji zamówienia i w tym zakresie również należy oceniać użyte w OPZ sformułowania typu: przewidywana do odbioru liczba mieszkańców oraz ilości wytworzonych odpadów (Tabela I), czy przewidziana masa odpadów do odebrania (Tabela II). Pozwala to na sporządzenie kalkulacji ryczałtowej, na takich samych zasadach przez

wszystkich wykonawców. Tym bardziej przez Odwołującego, który od szeregu lat świadczy takie usługi, jak stwierdził Zamawiający (czemu Odwołujący nie zaprzeczył), za wynagrodzenie ryczałtowe oraz nie podnosił argumentu dotyczącego zmiany ilości odpadów, kiedy wystąpił do Zamawiającego o zmianę obowiązującej aktualnie umowy, argumentując jedynie wzrostem cen w RIPOK-ach.

Odwołujący, pomimo, iż na nim spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, aby dane przedstawione w OPZ i warunkowania związane ze specyfiką przedmiotowego zamówienia nie pozwalały mu na sporządzenie oferty oraz, że oferty złożone w postępowaniu będą nieporównywalne. Wskazywane przez niego na potwierdzenie prezentowanego stanowiska jedynie zastrzeżenia zawarte w pkt 1.7 i 1.8 OPZ przy jednoczesnym pominięciu pozostałej treści OPZ, w ocenie składu orzekającego Izby nie są wystarczające do uznania zasadności twierdzenia Odwołującego, niepopartego żadnymi dowodami, iż nie będzie mógł złożyć oferty w postępowaniu.

Zauważenia wymaga również, iż treść żądań odwołania jest wzajemnie wykluczająca się. Z jednej strony Odwołujący wyraźnie dąży do rezygnacji z wynagrodzenia z ryczałtowego na rzecz wynagrodzenia za odbiór 1 tony odpadów, a jednocześnie żąda uzupełnienia SIWZ o postanowienia określające konsekwencje przekroczenia ilości odpadów do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach umowy (dodatkowe wynagrodzenie lub uznanie umowy za wykonaną). Skoro Odwołujący oczekuje zmiany wynagrodzenia na takie, które będzie się należało wyłącznie za ilości rzeczywiście zrealizowanych odbiorów odpadów, to nie może być mowy o przekroczeniach tych ilości i dodatkowym wynagrodzeniu, bądź uznania umowy za wykonaną wcześniej, niż to wynika z jej postanowień.

Ww. piśmie złożonym przed rozprawą oraz na rozprawie Odwołujący inaczej sprecyzował swoje żądanie, wprowadzając alternatywne i dodatkowe żądanie, z którego wynika, iż alternatywnie żąda wprowadzenia, jak należy sądzić, mieszanego systemu wynagradzania, jednak, jak zostało wyżej zauważone, nastąpiło to po upływie terminu na złożenie odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zostało wykazane, aby doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia z uwagi na to, iż pełnomocnik nie złożył do akt sprawy rachunku, na podstawie stosownie do postanowień ww. rozporządzenia zasądzone są koszty zastępstwa.

Przewodniczący: