

Sygn. akt: KIO 771/13

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2013 r. przez Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Ozorków, ul. Wigury 1, 95-035 Ozorków.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa, na rzecz Gminy Miasto Ozorków, ul. Wigury 1, 95-035 Ozorków, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Ozorków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenia zamówienia, którego przedmiotem jest odbieranie i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Miasta Ozorków. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 26 marca 2013 roku pod poz. 2013/ S 060-101035.

W dniu 4 kwietnia 2013 roku odwołujący – Remondis Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu:

1. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy poprzez zobowiązanie wykonawcy do utworzenia i obsługi punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (dalej jako: PSZOK), które to świadczenie będzie niemożliwym do wykonania w chwili zawierania umowy o zamówienie publiczne;
2. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję poprzez połączenie w jednym postępowaniu zamówienia na odbiór odpadów komunalnych jak i na utworzenie i obsługę punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych bez możliwości składania ofert częściowych; a także w sposób dyskryminujący podmioty nie mające siedziby czy bazy na terenie miasta Ozorkowa, jako że będą one musiały znaleźć teren na utworzenie PSZOK i uzyskać do niego tytuł prawny;
3. niezgodne z przepisami ustawy zobowiązanie wykonawcy w pkt V 2. SIWZ oraz w postanowieniu § 3 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego zał. nr 5 do SIWZ do zapewnienia podczas realizacji zamówienia osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych podlegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie ze wskazanymi przepisami;
4. niezgodne z przepisami ustawy skrócenie wykonawcom terminu do wniesienia wadium do 6 maja 2013 r. godz. 9.00, podczas gdy termin składania ofert mija 6 maja 2013 r. o godz. 10.00;
5. niezgodne z przepisami ustawy opisanie przez Zamawiającego w pkt XXII SIWZ możliwości i warunków zmiany postanowień umownych w zakresie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawek podatku VAT lub zmiany liczby osób, od których należy odbierać odpady komunalne, poprzez naruszenie zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego z uwagi na ustalenie górnej granicy wzrostu wynagrodzenia wykonawcy przy nielimitowaniu możliwości obniżenia wynagrodzenia wykonawcy;

6. niezgodne z przepisami ustawy zaniechanie sprecyzowania sposobu i trybu sporządzenia protokołu „bezusterkowego odbioru robót”, od którego uzależniona jest wypłata wynagrodzenia wykonawcy, tym samym naruszające zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego poprzez wprowadzenie uznaniowości zamawiającego w zakresie spełnienia przesłanek do wypłaty wynagrodzenia;
7. niezgodne z przepisami ustawy uregulowanie we wzorze umowy stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ kwestii odszkodowań i kar umownych poprzez rażące naruszenie zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego;
8. niezgodne z przepisami ustawy uregulowanie w § 13 ust. 1 pkt d) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy „gdy zostanie wydany nakaz zajęcia majątku Wykonawcy ” - z uwagi na rażące naruszenie zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego;
9. nieprecyzyjne opisanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez niewskazanie czy wymagane dwie usługi winny mieć łącznie wartość co najmniej 800.000 zł rocznie czy każda z nich, a zatem łącznie co najmniej 1.600.000 zł rocznie;
10. niezgodne z przepisami prawa nałożenie na wykonawcę obowiązku opisanego w pkt V. 18 c. SIWZ, który stanowi, iż „wykonawca zobowiązany będzie również do przedkładania zamawiającemu innych informacji nt. odbioru, unieszkodliwiania i segregacji odpadów jeśli w trakcie realizacji zamówienia na Zamawiającego zostanie nałożony obowiązek sporządzania innych sprawozdań z zakresu gospodarki odpadami”.

Odwolujący wskazał, że powyższymi działaniami Zamawiający naruszył:

1. art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy poprzez zobowiązanie wykonawcy do utworzenia i obsługi punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (dalej jako: PSZOK), które to świadczenie będzie niemożliwym do wykonania w chwili zawierania umowy o zamówienie publiczne (*zarzut nr 1*);
2. art. 29 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz w sposób dyskryminujący, naruszający zasadę równości wykonawców (*zarzut nr 2*);
3. art. 29 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami, w tym: z art. 3b i 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz z przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r., poz. 645) poprzez przeniesienie na wykonawcę

obowiązku osiągnięcia poziomów odzysku zgodnie z przywołanymi wyżej przepisami; (zarzut nr 3);

4. art. 45 ust. 3 p.z.p. poprzez zakreślenie terminu wniesienia wadium, krótszego niż termin składania ofert; (zarzut nr 4);
5. art. 3531 k.c. oraz art. 483 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz przekroczenie zasady swobody umów w wyniku:
 - a) przyznania zamawiającemu w pkt XXII SIWZ możliwości zmiany postanowień umownych w zakresie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawek podatku VAT lub zmiany liczby osób, od których należy odbierać odpady komunalne, z tymże obniżenie wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić nieograniczenie, a podwyższenie tylko do wysokości limitu ustalonego przez zamawiającego; (zarzut nr 5);
 - b) niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania sprecyzowania sposobu i trybu sporządzenia protokołu „bezusterkowego odbioru robót”, od którego uzależniona jest wypłata wynagrodzenia wykonawcy; (zarzut nr 6);
 - c) uregulowania we wzorze umowy stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ kwestii odszkodowań i kar umownych; (zarzut nr 7);
 - d) uregulowania w § 13 ust. 1 pkt d) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy, gdy zostanie wydany nakaz zajęcia majątku Wykonawcy (zarzut nr 8);
6. art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez nieprecyzyjne opisanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez niewskazanie czy wymagane dwie usługi winny mieć łącznie wartość co najmniej 800.000 zł rocznie czy każda z nich, a zatem łącznie co najmniej 1.600.000 zł rocznie; (zarzut nr 9);
7. art. 3531 k.c. oraz art. 483 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. oraz art. 7 p.z.p. poprzez nieprecyzyjne określenie obowiązków wykonawcy i uzależnienie ich od działań/decyzji jakichkolwiek podmiotów trzecich wobec zamawiającego (zarzut nr 10);

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

1. w zakresie zarzutów dotyczących obowiązku utworzenia i prowadzenia punktu selektywnej zbiórki odpadów nakazanie Zamawiającemu:
 - ograniczenia przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie z treści SIWZ (w tym z wzoru umowy) oraz z ogłoszenia postanowień zobowiązujących wykonawcę do utworzenia i prowadzenia punktu selektywnej zbiórki odpadów dla właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Ozorków, lub

- modyfikacji SIWZ (w tym wzoru umowy) poprzez wskazanie nieruchomości spełniających wymogi określone przez Zamawiającego, na których Wykonawca będzie mógł zorganizować punkt selektywnej zbiórki odpadów, lub
 - modyfikacji SIWZ (w tym wzoru umowy) i ogłoszenia poprzez podział zamówienia na części, wyszczególnienie w jednej części zamówienia utworzenia i prowadzenia punktu selektywnej zbiórki odpadów a w drugiej odbioru odpadów, w tym z PSZOK oraz umożliwienie wykonawcom złożenia oferty częściowej.
- b. w zakresie zarzutu nr 3 - usunięcia pkt V 2. SIWZ oraz § 3 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego zał. nr 5 do SIWZ statuujących obowiązek zapewnienia przez wykonawcę podczas realizacji zamówienia osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych podlegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie ze wskazanymi przepisami;
 - c. w zakresie zarzutu nr 4 - zmiany pkt III. 1.1) ogłoszenia oraz pkt XX.2. SIWZ poprzez wskazanie, że termin wniesienia wadium upływa wraz z terminem składania ofert;
 - d. w zakresie zarzutu nr 5 - usunięcia z pkt XXII SIWZ procentowych limitów zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy;
 - e. w zakresie zarzutu nr 6 - sprecyzowania w § 10 ust. 3 wzoru umowy sposobu i trybu sporządzenia protokołu odbioru robót, a także trybu rozwiązywania sporów powstałych na tle jego sporządzania;
 - f. w zakresie zarzutu nr 7 – zastąpienia:
 - a. w § 12 ust. 1 pkt d) wzoru umowy sformułowania „z przyczyn zależnych od Wykonawcy” sformułowaniem „z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę” (zgodnie z zasadą równości stron stosunku cywilnoprawnego - § 12 ust. 2 wzoru umowy w bliźniaczym zapisie posługuje się pojęciem winy po stronie Zamawiającego);
 - b. słowa „Zamawiający” słowem „strony” w § 12 ust. 3 wzoru umowy - zastrzeżenie możliwości dochodzenia odszkodowania ponad kwotę kar umownych winno, zgodnie z zasadą równości stron stosunku umownego, dotyczyć także Wykonawców;
 - c. brzmienia § 12 ust. 4 wzoru umowy, sformułowaniem: „Strona zobowiązana do zapłaty kary umownej winna ją uiścić w terminie 14 dni od daty otrzymania wezwania. W przypadku opóźnienia w zapłacie kary umownej Stronie uprawnionej należą się odsetki ustawowe”;
 - g. w zakresie zarzutu nr 8 - usunięcia § 13 ust. 1 pkt d) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ dot. możliwości odstąpienia od umowy przez zamawiającego gdy „zostanie wydany nakaz zajęcia majątku Wykonawcy”.

- h. w zakresie zarzutu nr 9 - sprecyzowania czy w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże należyte wykonanie dwóch usług, które łącznie winny mieć wartość co najmniej 800.000 zł rocznie czy każda z nich co najmniej 800.000 zł, a zatem łącznie co najmniej 1 600 00 zł rocznie;
- i. w zakresie zarzutu nr 10 - nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania zapisu pkt V. 18 c. SIWZ poprzez wskazanie, że chodzi o obowiązek nałożony na Zamawiającego przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści dokumentów w postaci Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji istotnych warunków niniejszego zamówienia na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, przekazanej przez zamawiającego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu a także biorąc po uwagę stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący, jako podmiot ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia posiada interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia odwołania. Ponadto podniesione w odwołaniu zarzuty wskazują na możliwość poniesienia uszczerbku w interesie odwołującego, polegającego na braku możliwości ubiegania się o udzielenie i uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Wobec dokonanej przez zamawiającego modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 5 kwietnia 2013 roku oraz udzielonych dnia 4 i 8 kwietnia wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzuty odwołania opisane w punktach 4 - 10 są niesporne między stronami a ich rozpatrzenie przez Izbę jest bezprzedmiotowe. Okoliczność dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zarzutów ujętych w punktach 4-10 odwołania w sposób zgodny z żądaniami odwołującego potwierdził w toku rozprawy pełnomocnik odwołującego.

W pkt 4 opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający wymagał zorganizowania przez wykonawcę do dnia 30 czerwca 2013 roku i prowadzenia na terenie miasta punktu selektywnej zbiórki odpadów, jego utrzymania oraz obsługi. W ramach obowiązków związanych z utworzeniem PSZOK wykonawca ma przygotować regulamin działania PSZOK wraz z rozkładem czasu pracy i ma przedstawić go zamawiającemu do uzgodnienia do dnia 31 maja 2013 roku.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, że poprzez zobowiązanie wykonawców, w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, do utworzenia i obsługi punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK), zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji. Wymóg ten został sformułowany w sposób jednakowy w stosunku do wszystkich wykonawców, ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, pozostawiając wykonawcom pełną swobodę w doborze na terenie gminy miejsca świadczenia tej usługi. Odwołujący, na którym spoczywa ciężar uprawdopodobnienia faktów, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne (art. 6 k.c. oraz 190 ust. 1 ustawy Pzp) nie uprawdopodobnił twierdzenia, że poprzez zobowiązanie wykonawców do utworzenia i obsługi PSZOK doszło do dyskryminacji podmiotów nie mających siedziby na terenie gminy. Nie można podzielić także stanowiska odwołującego, że z uwagi na terminy dotyczące przedstawienia regulaminu działania (do 31 maja 2013) i zorganizowania (do 30 czerwca) PSZOK, świadczenie to będzie niemożliwym do wykonania w chwili zawierania umowy o zamówienie publiczne. Istotnie, terminy związane z organizacją i rozpoczęciem działania PSZOK, określone przez zamawiającego są krótkie, szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę czas niezbędny na zakończenie procedury związanej z wyborem oferty najkorzystniejszej. Niemniej jednak na tym etapie postępowania, w tym czasie, w sytuacji gdy termin składania ofert został wyznaczony na 6 maja, terminy określone przez zamawiającego nie są niemożliwe do dotrzymania, co przesądza o tym, że nie można mówić o niemożliwości świadczenia, wynikającej z art. 387 §1 k.c. Ponadto w sprawie nie zachodzi z całą pewnością niemożliwość świadczenia o charakterze obiektywnym, wynikającym z natury świadczenia, którego nie jest w stanie spełnić żaden potencjalny wykonawca.

Niezasadnym jest także twierdzenie odwołującego co do utrudnienia przez zamawiającego uczciwej konkurencji poprzez połączenie w jednym postępowaniu zamówienia na odbiór odpadów komunalnych oraz utworzenie i prowadzenie PSZOK i brak podziału zamówienia na części. Ewentualna decyzja o podziale zamówienia na części i wyodrębnienia jako odrębnej części zamówienia zorganizowania i prowadzenia PSZOK jest suwerenną decyzją zamawiającego, jako gospodarza postępowania o zamówienie publiczne.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu dąży do wyłonienia jednego wykonawcy, który będzie realizował usługę w sposób kompleksowy tj. będzie odbierał i przewoził odpady i jednocześnie utworzy i będzie prowadził PSZOK.

W pkt 2 rozdziału V Obowiązki wykonawcy przed rozpoczęciem i w trakcie realizacji zamówienia, zamawiający wskazał, że wykonawca podczas realizacji zamówienia zapewni osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 7, art. 3 b i art. 3 c ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu porządku i czystości w gminie (Dz. U. 2012, poz. 391.)(...).

W ocenie Izby, zarzut dotyczący niezgodnego z przepisami ustawy zobowiązania wykonawcy do zapewnienia podczas realizacji zamówienia osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu nie zasługuje na uznanie. Bezspornym między stronami pozostaje okoliczność, że gmina może powierzyć wykonywanie zadań własnych w całości podmiotom zewnętrznym (podmiotom trzeci). Okoliczność tę, w tym możliwość nałożenia na wykonawców wyłonionych w toku procedur o zamówienie publiczne obowiązków dotyczących osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, potwierdzają zapadłe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2013 roku, Sygn. akt KIO 2829/12 czy z dnia 29 listopada 2012 roku, Sygn. akt KIO 2544/12. Osiągnięcie przez gminy odpowiednich poziomów recyklingu jest szczególnym obowiązkiem gminy w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy, wynikającego z art. 3 ust. 1 ustawy. Z art. 3 ust. 2 tej ustawy wynika, że gmina ma w szczególności m.in. zapewnić osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Istotnie, należy przyznać rację odwołującemu, że osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu należy pojmować raczej jako obowiązek gminy a nie jej zadanie własne. Niemniej jednak, nie można zamawiającemu odmówić prawa do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienia publiczne, obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. Poprzez takie zobowiązanie o charakterze kontraktowym, gmina nie wyzbywa się ciężącej na niej odpowiedzialności, wynikającej z mocy prawa. Zatem, zobowiązania wykonawcy do dbałości o osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu nie można oceniać jako przeniesienia obowiązku, wynikającego z mocy przepisów prawa i spoczywającego na gminie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: