

**Sygn. akt: KIO 1057/13**

**WYROK**

**z dnia 22 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2013 r. przez REMONDIS Szczecin Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Związek Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie,

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Związkowi Gmin Dolnej Odry w Chojnie dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przetargu na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Związku Gmin Dolnej Odry” przez podanie w jej treści informacji o szacunkowej ilości budynków jednorodzinnych i wielorodzinnych, z których przewiduje się odbiór odpadów komunalnych – odrębnie dla każdej miejscowości położonej na obszarze objętym przedmiotem zamówienia oraz podanie informacji o przewidywanych kosztach i zasadach

udostępnienia nieruchomości wskazanej jako Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych;

2. kosztami postępowania obciąża Związek Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez REMONDIS Szczecin Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Związek Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie na rzecz REMONDIS Szczecin Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie kwotę 19 553 zł 38 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt trzy złote trzydzieści osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Szczecinie.

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Związek Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Związku Gmin Dolnej Odry”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 26.04.2013 r. w Dz.Urz. UE Nr 2013/S 082-138343.

W dniu 06.05.2013 r. REMONDIS Szczecin Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 29 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty;
2. przepisu art. 29 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a także
3. przepisu art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
4. przepisu art. 36 ust. 1 pkt. 12 Pzp poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie sposobu obliczenia ceny.

W związku z powyższym odwołujący wniosł o:

- uwzględnienie odwołania oraz
- nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ w sposób zgodny z przepisem art. 29 ust. 1 PZP oraz przepisem art. 29 ust. 2 PZP.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in. (referowane jedynie z zakresie zarzutów popieranych przez odwołującego):

„[...]”

Analiza treści SIWZ, zwłaszcza załącznika nr 1 - SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, (dalej jako „Załącznik nr 1”) oraz załącznika nr 7 - WZÓR UMOWY (dalej jako „Załącznik nr 7”), wskazuje, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Dokonanie zaś przez Zamawiającego prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności w toku postępowania, która ma bezpośredni związek z treścią składanych przez wykonawców ofert. Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać dokonany w taki sposób, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i, że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią.

Opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w SIWZ nie pełni jednakże powyższych wymagań, z następujących względów:

(i) Obszar, na którym wykonywane będzie zamówienie jest rozległy: północną granicę Związku w Gminie Stargard Szczeciński, od południowej granicy w Gminie Boleszkowice, dzieli w linii prostej ponad 90 km, a obszar związku obejmuje ponad 2875 km<sup>2</sup>, na których znajduje się 388 miejscowości. Na wysokość zaoferowanej przez wykonawców ceny będą miały zatem istotny wpływ koszty transportu związane z odbiorem odpadów z nieruchomości oraz podstawieniem pojemników na nieruchomościach. Na wysokość tych zaś kosztów w istotny sposób wpływa ilość i zróżnicowanie rodzajów pojemników zlokalizowanych w poszczególnych miejscowościach, oraz częstość opróżniania pojemników, która uwarunkowana jest rodzajem zabudowy (wielorodzinna albo jednorodzinna lub zagrodowa). Dla prawidłowego ustalenia kosztów transportu odpadów istotne jest też, czy są one odbierane z terenów wiejskich czy miejskich, bowiem tereny te w znaczący sposób różni tzw. gęstość nasypowa odpadów gromadzonych w pojemnikach, a tym samym waga odpadów znajdujących się w pojemniku. W odniesieniu do częstości opróżniania pojemników Zamawiający uzależnia częstość odbierania odpadów od rodzaju zabudowy nieruchomości - inna będzie częstość odbierania odpadów dla zabudowy jednorodzinnej lub zagrodowej, a inna dla zabudowy wielorodzinnej w różnych miejscowościach (wynika to z

zapisów rozdziału II ust. 5 Załącznika nr 1). Dla prawidłowego skalkulowania kosztów odbioru odpadów wykonawca musi zatem zaplanować/zasymulować harmonogram wywozu odpadów komunalnych, o którym mowa w rozdziale II ust.8 Załącznika nr 1. By móc jednak zasymulować taki harmonogram, a tym samym móc ustalić koszt odbioru odpadów, potrzebny jest szczegółowy wykaz punktów wywozowych (tzn. miejsca gromadzenia i odbioru odpadów komunalnych), które powinny zostać wyposażone w pojemniki i worki, ich rodzaj oraz ilość.

Zgodnie jednak z zapisem rozdziału II ust. 2 Załącznika nr 1, szczegółowy wykaz punktów wywozowych (tzn. miejsca gromadzenia i odbioru odpadów komunalnych), które powinny zostać wyposażone w pojemniki i worki, ich rodzaj oraz ilość, Zamawiający poda wykonawcy dopiero przed zawarciem umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów wraz ze szczegółowym wykazem punktów wywozowych objętych przedmiotem zamówienia. Ponadto Zamawiający w okresie trwania umowy z częstotliwością jeden raz w tygodniu zobowiązuje się informować Wykonawcę o zmianach danych objętych ww. wykazem.

Mając jednakże na względzie wpływ kosztów transportu na cenę, Zamawiający powinien już w opisie przedmiotu zamówienia podać szczegółowy wykaz punktów wywozowych (tzn. miejsca gromadzenia i odbioru odpadów komunalnych), które powinny zostać wyposażone w pojemniki i worki. Wykaz ten musi zawierać informacje o ilości, rodzaju i wielkości pojemników dla danego punktu, rodzaju nieruchomości dla poszczególnych punktów (wielorodzinna czy jednorodzinna lub zagrodowa), a lokalizacja punktów musi być określona z dokładnością do konkretnej miejscowości, której położenie wykonawca może określić za pomocą powszechnie dostępnych map papierowych lub cyfrowych (np. w sieci Internet). Zamawiający powinien także precyzyjnie wskazać w jakim zakresie mogą ulegać zmianie dane objęte wykazem punktów wywozowych.

(ii) W rozdziale II ust. 7 Załącznika nr 1 Zamawiający wskazuje, że w okresie przedświadczeniowym właściciele nieruchomości wielorodzinnych mają prawo zgłosić Zamawiającemu zwiększenie częstości odbioru odpadów, a Wykonawca musi uwzględnić to w harmonogramie w określonym terminie (tydzień przed zwiększeniem częstości) i uzyskać od Zamawiającego akceptację zmiany harmonogramu, zgodnie z zapisem rozdziału II ust. 8 Załącznika nr 1. W żadnym z zapisów SIWZ Zamawiający nie określił jednak w jaki sposób poinformuje o zgłaszanym zapotrzebowaniu na zwiększony odbiór odpadów wykonawcę.

Zamawiający powinien zatem w opisie zamówienia doprecyzować kwestie związane ze zwiększonym odbiorem odpadów, co najmniej poprzez określenie terminu, w jakim przekaże Wykonawcy zgłoszenia właścicieli nieruchomości. Wskazany przez Zamawiającego termin

musi umożliwić Wykonawcy dotrzymanie określonego przez Zamawiającego terminu wprowadzenia zmian w harmonogramie wywozu odpadów.

Należy również zwrócić uwagę, iż do skalkulowania ceny niezbędne jest uwzględnienie kosztów zwiększenia częstości odbioru odpadów w okresie przedsięwzięcznym z nieruchomości z zabudową wielorodzinną (choćby ze względu na konieczność zaangażowania dodatkowych zasobów ludzkich i sprzętowych). Zamawiający powinien zatem określić w opisie przedmiotu zamówienia co najmniej maksymalny procentowy zakres zwiększenia częstości odbioru odpadów w okresie przedsięwzięcznym, a także powinien podać położenie i ilość takich nieruchomości.

(iii) Zgodnie z zapisami rozdziału II ust. 3 i ust. 4 Załącznika nr 1, Zamawiający dopuszcza zmianę ilości punktów, z których odbierane będą odpady, zarówno poprzez zwiększenie jak i zmniejszenie ich ilości.

Zgodnie zaś z zapisem §14 pkt. 13 Załącznika nr 7 wprowadzenie ww. zmian nie będzie uprawiało Wykonawcy do zmiany należnego wynagrodzenia. Aby zatem Wykonawca mógł prawidłowo skalkulować cenę oferty z uwzględnieniem możliwych zmian, powodujących konieczność zmian w logistyce odbioru odpadów i zmian wyposażenia w pojemniki, konieczne jest określenie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia co najmniej zakresu możliwych zmian.

Zamawiający powinien zatem w opisie przedmiotu zamówienia określić o ile procent może ulec zwiększeniu i o ile procent może ulec zmniejszeniu ilość punktów wywozowych z podziałem na rodzaj nieruchomości (wielorodzinne czy jednorodzinne lub zagrodowe) i rodzaj stosowanych pojemników, w odniesieniu do każdej miejscowości znajdującej się na obszarze, z którego ma nastąpić wywóz odpadów.

(iv) Opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia skalkulowanie kosztów zorganizowania i prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (dalej jako „PSZOK”), o którym mowa w rozdziale I ust. 2 pkt. 3 Załącznika nr 1, a ponadto Zamawiający nie wskazuje w jaki sposób Wykonawca powinien uwzględnić wynagrodzenie za wykonanie tego zakresu przedmiotu zamówienia w cenie oferty.

Należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający wskazuje miejsce, w którym Wykonawca ma zorganizować i prowadzić ten punkt, oraz określa standard i właściwości jakie ten obiekt ma spełniać: dojazd, parking, ogrodzenie, utwardzenie, oświetlenie, wyposażenie w pomieszczenia socjalne (zapis rozdziału I ust. 10 Załącznika nr 1). Zamawiający nie podaje jednak jakiegokolwiek informacji o aktualnym stanie terenu na którym wykonawca ma

zorganizować PSZOK, w szczególności w zakresie istniejącej na nim infrastruktury (energia elektryczna, woda, kanalizacja, droga dojazdowa, utwardzenie terenu, ogrodzenie) i zabudowy (pomieszczenia, w tym przystosowane do funkcji socjalnych). Brak opisu powoduje, że Wykonawca nie ma możliwości oceny, jakie nakłady trzeba ponieść, by zapewnić na przedmiotowej nieruchomości właściwości wymagane przez Zamawiającego, a także czy wykonanie potrzebnych prac możliwe jest do czasu rozpoczęcia wykonania zamówienia z dniem 01 lipca 2013. Zamawiający nie zamieścił też jakiegokolwiek informacji, kto jest posiadaczem wskazanego terenu, na podstawie jakiego stosunku prawnego Wykonawca będzie użytkował ten teren, oraz czy i jakie opłaty z tytułu tego użytkowania będzie ponosił.

Zamawiający powinien zatem dokładnie opisać teren na którym Wykonawca zobowiązany będzie do prowadzenia PSZOK, w sposób pozwalający ocenić zakres rzeczowy, czasowy i finansowy nakładów które trzeba ponieść, by zorganizować na nim punkt zgodny z wymogami określonymi przez Zamawiającego, a także wskazać stosunek prawny, który będzie podstawą korzystania przez Wykonawcę z ww. terenu i podać elementy składowe kosztów ponoszonych przez Wykonawcę z tytułu korzystania z tego terenu.

Z zapisów SIWZ, w szczególności zaś z zapisów dotyczących sposobu obliczenia ceny, nie wynika, w jaki sposób Wykonawca powinien uwzględnić w zaoferowanej cenie wynagrodzenie za zorganizowanie i prowadzenie PSZOK. Ze zorganizowaniem i prowadzeniem wiążą się nakłady finansowe, bowiem nie da się zrealizować zadań wskazanych w rozdziale I ust. 10 pkt. 1 - pkt. 9 Załącznika nr 1 nie ponosząc kosztów. Na koszty te złożą się m. in. nakłady jednorazowe na organizację PSZOK (ust.10 pkt. 2,3,4), koszty bieżące utrzymania punktu (ewentualne opłaty z tytułu użytkowania nieruchomości, bieżące koszty utrzymania nieruchomości, koszty zatrudnienia pracowników), oraz koszty transportu i zagospodarowania odpadów przyjętych do PSZOK.

Brak wskazania sposobu uwzględnienia wynagrodzenia za zorganizowanie i prowadzenie PSZOK może spowodować trudności w ocenie ofert, albowiem Zamawiający nie będzie miał pewności, że Wykonawcy w ogóle uwzględnili wynagrodzenie za tę część przedmiotu zamówienia w cenie, ewentualnie w jakim zakresie. W takim zaś przypadku złożone oferty nie będą porównywalne. Ponadto Zamawiający nie będzie miał możliwości oceny czy złożona przez Wykonawcę oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, co może doprowadzić do wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 6 PZP.

Zamawiający powinien precyzyjnie i jednoznacznie określić sposób, w jaki Wykonawca ma skalkulować w ofercie cenowej stawki wynagrodzenia za zakres przedmiotu zamówienia

obejmujący zorganizowanie PSZOK, prowadzenie PSZOK oraz transport i zagospodarowanie odpadów przyjętych do PSZOK.

(v) Przy ustalonym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia terminie rozpoczęcia wykonywania przedmiotu zamówienia, określonym jako data dzienna 01 lipca 2013 r., rozpoczęcie prawidłowego wykonania zamówienia w przewidywanym przez Zamawiającego terminie możliwe będzie zasadniczo wyłącznie przez podmiot/podmioty, którzy obecnie świadczą tego rodzaju usługę na terenie gmin, które należą do Związku Gmin Dolnej Odry.

Wskazać bowiem należy, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ przewiduje otwarcie ofert dopiero w dniu 4 czerwca 2013. Na ocenę ofert i wybór Wykonawcy, z zachowaniem terminów przewidzianych w przepisach PZP, pozostają zatem Zamawiającemu 26 dni. Skoro bowiem Zamawiający przewiduje rozpoczęcie realizacji przedmiotu zamówienia od dnia 01 lipca 2013 r. najpóźniej w tym dniu powinien zawrzeć z wybranym wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie jednak z opisem przedmiotu zamówienia Wykonawca do dnia rozpoczęcia wykonywania przedmiotu zamówienia, tj. do dnia 01 lipca 2013 r. powinien:

- 1) Zorganizować PSZOK (zgodnie z zapisem rozdziału I ust. 2 pkt. 3 Załącznika nr 1), co m. in. polega na przystosowaniu nieruchomości do warunków określonych w opisie przedmiotów zamówienia, przy czym nie jest możliwe ustalenie zakresu rzeczowego niezbędnych do wykonania tego obowiązku prac.
- 2) Zakupić i rozstawić ponad 24.000 pojemników na terenie 388 miejscowości rozsianych na obszarze ponad 2.875 km<sup>2</sup> (rozdział 1 ust. 7 oraz rozdział VI ust. 5 Załącznika nr 1)
- 3) Oznaczyć pojemniki identyfikatorami elektronicznymi systemu RFID lub identyfikatorami optycznymi (kody kreskowe lub inne graficzne) i wykonać bazę danych kojarzącą numery tych identyfikatorów z lokalizacją pojemników. Zamawiający wymaga bowiem, zgodnie z zapisem rozdziału IV ust. 2 pkt. 3 Załącznika nr 1, aby Wykonawca dysponował narzędziami „do stałego prowadzenia ewidencji usług odbioru z nieruchomości ... odpadów komunalnych...” oraz, zgodnie z zapisem rozdziału III ust. 1 pkt. 1 Załącznika nr 1, aby wykonawca przekazywał Zamawiającemu „dane dotyczące realizowanych odbiorów z informacjami o numerze identyfikacyjnym punktu odbioru, DACIE I GODZINIE realizacji odbioru odpadów...”. Wg zaś zapisu § 8 ust. 5 Załącznika nr 7 wykonawca zobowiązany jest przedstawiać Zamawiającemu: „ewidencje realizacji wszystkich pojedynczych odbiorów odpadów” . Rzetelna i bezsporna ewidencja realizacji pojedynczych odbiorów odpadów z



dokładnością do DATY I GODZINY możliwa jest przy obecnym stanie techniki tylko z zastosowaniem narzędzi wykorzystujących znakowanie pojemników za pomocą identyfikatorów elektronicznych RFID lub identyfikatorów optycznych i skanowanie tych identyfikatorów w momencie odbioru odpadów.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż zrealizowanie przedsięwzięć opisanych powyżej jest niewykonalne w normalnych warunkach gospodarczych przez Wykonawcę, który nie posiada już na chwilę obecną odpowiedniego zaplecza na obszarze, na którym ma być wykonywany przedmiot zamówienia. To zaś wskazuje na dokonanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję. Ponadto takie opisanie przedmiotu zamówienia narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Zamawiający powinien określić termin rozpoczęcia wykonania zamówienia w zakresie wyposażenia nieruchomości w pojemniki i odpowiednie ich oznaczenie, poprzez wskazanie odpowiedniego okresu czasu od dnia podpisania umowy, który nie powinien być krótszy niż 45 dni od zawarcia umowy. W taki sam sposób, tj. poprzez wskazanie okresu czasu od dnia podpisania umowy, Zamawiający powinien określić termin rozpoczęcia zorganizowania PSZOK, z uwzględnieniem zakresu rzeczowego czynności koniecznych dla uzyskania wymaganych właściwości dla nieruchomości oraz możliwych w życiu gospodarczym terminów wykonania takich czynności.

[...]"

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej według art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

We wstępie do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania w SIWZ przedmiotu zamówienia, a także składających się na ten przedmiot przyszłych stosunków umownych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia większości zarzutów odwołania – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1

Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu 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.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania...).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie

istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny

wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz czy ogłoszenia o zamówieniu, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują

wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Odnosnie powyższego generalnie zaznaczyć należy, iż odwołujący nie wykazał, czy nawet nie starał się wykazywać w ramach podniesionych przez siebie zarzutów, naruszenia zasady uczciwej konkurencji w jej aspekcie podmiotowym, tj. porównywalności sytuacji różnych wykonawców w ramach niniejszego postępowania i ich równego traktowania. Nie wywodził, iż kwestionowane postanowienia SIWZ faworyzują określonych wykonawców względem innych.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają jednak ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami o charakterze *iuris cogentis* regulującymi stosunki umowne danego typu, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353<sup>1</sup> k.c..

Jak już wskazywano powyższej, zgodnie z art 353<sup>1</sup> k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania

zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanych warunków wykonania zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc wskazanych w niniejszym uzasadnieniu.

Miernikiem proporcjonalności czy „odpowiedniości” świadczeń, o którym mowa w *definiendum* definicji umów wzajemnych zawartej w art. 287 § 2 k.c., nie jest również norma tego przepisu. Norma ta nie ustanawia żadnych materialnych, obiektywnych odniesień dla porównania wartości lub zakresów świadczeń wzajemnych, ale odnosi odpowiadanie świadczeń do decyzji stron zawartych w umowie, tzn. wszystkie świadczenia są swoimi odpowiednikami jeżeli strony umowy wzajemnej umówiły się, że świadczenia te kompensują się wzajemnie w ramach ich stosunku zobowiązaniowego.

W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.

Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, Izba przywołuje tu stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu

odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Przywołania wymaga również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353<sup>1</sup> k.c. statującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”

Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.”

Jak wynika z powyższego o zasadzie swobody umów w systemie prawa cywilnego i zamówieniach publicznych, wielokrotnie w swoich orzeczeniach wypowiedziały się sądy powszechne. Jakkolwiek większość orzecznictwa w tym kontekście dotyczy poszczególnych postanowień czy warunków

umownych, to wskazać tu należy, iż znajduje ono zastosowanie również do przedmiotu umów. Postanowienia umowy, które przewiduje zamawiający w swojej SIWZ, stanowią integralną część warunków zamówienia (w szerszym znaczeniu składają się na opis przedmiotu zamówienia). Albo inaczej: w wymiarze przedmiotowym zasady swobody umów mieści się również opis przedmiotu zamówienia *sensu stricte* – to strony umowy decydują, co ma być jej przedmiotem, co chcą w jej ramach sprzedać lub kupić oraz w jaki sposób powyższe ma być zrealizowane.

Uwzględniając powyższe uwagi ogólne, a odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Izba stwierdziła, co następuje.

### **Zarzut opisany w pkt I uzasadnienia odwołania**

Zarzut uznano za zasadny. Izba podzieliła stanowisko odwołującego w przedmiocie znaczenia informacji na temat ilości budynków jednorodzinnych i wielorodzinnych w poszczególnych miejscowościach dla właściwego skalkulowania ceny oferty. Wykonawca ma prawo wymagać dostępnych zamawiającemu informacji na temat zastanej struktury rynku odpadów na danym terenie. Jak słusznie wykazywał odwołujący, bardziej specyficzne (tzn. z dokładnością co do poszczególnych miejscowości) wskazanie ilości punktów odbioru odpadów ma znaczenie dla wycenienia oferty ze względu na koszty transportu obliczane w odniesieniu do spodziewanych odległości, które przy transporcie odpadów należało będzie przyjąć i uwzględnić.

W ramach dokonanej przed rozprawą modyfikacji SIWZ zamawiający podał tego typu informacje jedynie dla obszarów poszczególnych gmin oraz specyficznie tylko dla kilku miejscowości spośród miejscowości objętych przedmiotem zamówienia. Nie wyczerpuje to całości opisu przedmiotu zamówienia – w odniesieniu do całego obszaru, który jest nim objęty oraz nie stanowi wystarczającego uszczegółowienia, co do ilości punktów odbioru w poszczególnych miejscowościach (wszystkich miejscowościach, zwłaszcza wiejskich).

Ponadto rozpoznawany zarzut zasługiwał na potwierdzenie w zestawieniu z postanowieniami warunków przetargu (rozdział II ust. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ), gdzie zamawiający w swoim dokumencie przetargowym zobowiązywał się, iż szczegółowy wykaz punktów wywozowych, tzn. miejsca gromadzenia i odbioru odpadów komunalnych, które powinny zostać wyposażone w pojemniki i worki, ich rodzaj oraz ilość, wraz z ich dokładnymi adresami, poda wykonawcy przed zawarciem umowy. Tym samym przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia zamawiający będzie już dysponował informacjami na temat rozkładu punktów odbioru odpadów w poszczególnych miejscowościach, a nawet poda ich dokładne adresy. Natomiast w chwili wszczynania postępowania danych tych nie posiada i nie opisuje przy ich pomocy przedmiotu zamówienia, a wykonawcy nie mogą



ich uwzględnić przy sporządzaniu oferty. Należałoby więc przyjąć, iż zamawiający do wszczęcia przedmiotowego postępowania był nieprzygotowany – nie zebrał jeszcze deklaracji od mieszkańców i nie zweryfikował/nie uzupełnił ich na podstawie danych meldunkowych.

Powyższe jest nie do pogodzenia z postulatem określenia przedmiotu zamówienia wynikającym z art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający w chwili wszczynania postępowania ma wiedzieć, co dokładnie zamawia (w zakresie danych istotnych dla sporządzenia i wycenienia oferty – a tego typu danymi są informacje na temat ilości punktów odbioru odpadów na terenie dokładniej określonego obszaru niż cała gmina), a nie informować wykonawców, iż powyższe zostanie im objawione dopiero przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia.

Ponadto zarzut zasługiwał na potwierdzenie, a związane z nim żądanie odwołującego na uwzględnienie, w związku z bardzo umiarkowanym zakresem tego żądania i łatwością jego wypełnienia przez zamawiającego. Odwołujący na rozprawie zrezygnował z żądania zamieszczenia w SIWZ danych, co do których podania zamawiający zobowiązał się w rozdz. II ust. 2 zał. nr 1 do SIWZ, ale postulował podanie jedynie ilościowych danych na temat poszczególnych rodzajów punktów odbioru odpadów na bardziej ograniczonym terenie niż cała gmina, tj. z osobna dla każdej miejscowości, co umożliwiłoby mu skalkulowanie kosztów transportu. Wskazywał przy tym, iż nie wymaga wcale danych dokładnych, ale dopuszczalna jest w tym zakresie pewna tolerancja i margines błędu.

Uwzględniając żądania odwołującego w tym zakresie, a także biorąc pod uwagę fakt, iż dokładne dane w przedmiocie ilości nieruchomości obsługiwanych w ramach odbioru odpadów nie mogą być podane – ilości te mogą być płynne i zmieniać się właściwie z dnia na dzień – Izba nakazała zamawiającego podanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jedynie szacunkowych informacji tego typu.

Ponadto Izba przyjęła, iż podanie szacunkowych danych w tym zakresie jak najbardziej leży w sferze możliwości zamawiającego. Poszczególne gminy, członkowie związku komunalnego prowadzącego niniejsze postępowanie, posiadają dane meldunkowe, a także dane katastralne służące wymiarowi podatku od nieruchomości, na podstawie których mogą z łatwością ustalić przybliżoną ilość nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych w poszczególnych miejscowościach, z których wywożenie odpadów przewidują.

## **Zarzut nr II**

Zarzut w zakresie nieokreślenia sposobu poinformowania wykonawcy o zwiększonej częstotliwości wywożenia odpadów w okresach przedsięwzięczych, wycofano wobec dokonanej w tym zakresie modyfikacji SIWZ.

Natomiast zarzut niedookreślenia wzrostu częstotliwości wywożenia odpadów w tym okresie uznano za niezasadny z uzasadnieniem analogicznym, jak w przypadku zarzutu nr III. Przy braku formalnego ograniczenia częstotliwości wywożenia odpadów, wykonawca winien przyjąć i wycenić możliwość wystąpienia powyższego według własnej oceny ryzyka takiego zwiększenia, w odniesieniu do własnego doświadczenia i znajomości rynku w tym zakresie.

### **Zarzut III**

Zarzut oddalono.

Zgodnie z powoływanymi w treści odwołania postanowieniami SIWZ zamawiający dopuszcza zmianę ilości punktów, z których odbierane będą odpady, zarówno poprzez zwiększenie, jak i zmniejszenie ich ilości, a powyższe nie będzie pociągało za sobą zmiany ceny ofertowej.

Sformułowanie zarzut względem powyższych postanowień SIWZ wskazuje na niezrozumienie przez odwołującego istoty przedmiotowego zamówienia i sposobu określenia jego zakresu. Jego przedmiotem nie jest bowiem odbieranie określonej ilości odpadów komunalnych czy odpadów komunalnych ze wskazanej i niezmienniej liczby nieruchomości. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest odbieranie wszystkich odpadów komunalnych ze wszystkich zamieszkałych nieruchomości z określonego terenu przez cały jego okres realizacji – w taki sposób zdefiniowano zakres i wielkość tego zamówienia. Informacje podane w specyfikacji na temat ilości mieszkańców (95 000), ilości produkowanych odpadów, czy ilości nieruchomości i pojemników są niezwykle istotne z punktu widzenia możliwości prawidłowej wyceny i złożenia oferty, są jednak jedynie danymi orientacyjnymi, nie definiującymi zakresu zamówienia w całym okresie jego wykonywania. Wykonawcy mogą i powinni przyjąć i wycenić, w ramach żądanego wynagrodzenia ryczałtowego za tonę wywiezionych odpadów, cały zakres prac koniecznych do wykonania zamawianych usług, nawet jeżeli dokładnego nakładu pracy potrzebnego do wykonania zamówienia w całym okresie jego realizacji, nie można z góry oszacować i przewidzieć. Właśnie tego typu sytuacji ze swojej istoty dotyczy wynagrodzenie ryczałtowe, przewidziane za tonę wywiezionych odpadów, które należy również w odniesieniu do całości umowy rozpatrywać jako wynagrodzenie obmiarowe (ryczałty za tonę odpadów stają się w tym przypadku cenami jednostkowymi, według których rozliczane są płatności za realnie wywiezione odpady, po dokonanych obmiarze, *vide* § 8 zał. nr 7 do SIWZ stanowiącego wzór umowy), co dodatkowo, w pewnym zakresie, zabezpiecza interesy stron i urealnia korelację wynagrodzenia i zakresu zamówienia.

### **Zarzut IV**

W związku z dokonaną przez zamawiającego modyfikacją SIWZ odwołujący cofnął zarzut w zakresie braku podania informacji na temat stanu przygotowania terenu, który zamawiający wskazał na Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK).

Odnosnie podtrzymanych zarzutów odwołania w tym zakresie, odwołanie uznano za zasadne w odniesieniu do samego udostępnienia nieruchomości. Izba potwierdziła, że brak podania danych na temat warunków uzyskania nieruchomości, której wykorzystanie narzuca się wykonawcom, jest niezgodne z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Zamawiający wymaga aby PSZOK był prowadzony na wskazanej nieruchomości, która stanowi własność jednego z członków związku komunalnego – Gminy Chojna, a więc podmiotu bezpośrednio zainteresowanego wynikiem przedmiotowego przetargu.

Przy braku określenia w SIWZ wiadomych i równych dla wszystkich wykonawców warunków prawnych i finansowych uzyskania ww. terenu, zamawiający wraz ze swoim członkiem mają teoretyczną możliwość wpływania na wyniki przetargu, przez oferowanie udostępnienia nieruchomości różnym wykonawcom na różnych warunkach.

W związku z powyższym nakazano zamawiającemu sprecyzowanie i podanie w SIWZ dostępnych i równych dla wszystkich wykonawców warunków udostępnienia nieruchomości przez jej właściciela. Powyższe powinno usunąć wszelkie wątpliwości na temat koniecznych do poniesienia kosztów użytkowania nieruchomości (najmu, dzierżawy, zakupu... - czy innych form jej udostępnienia, które właściciel może przewidzieć), a także przekreślić wszelkie możliwości ograniczenia konkurencji w tym zakresie. Przy czym zaznaczyć należy, iż przeciwstawienie możliwości zamawiającego, co do podania tego typu informacji, władczym uprawnieniom właściciela nieruchomości, co do dysponowania swoją własnością, jest w tym przypadku jedynie pozorne. Zamawiający winien uzyskać od swojego członka niezbędne dane w tym zakresie, zwłaszcza odnoszące się do nieruchomości, którą dla przewidzianego celu wskazał.

Za niezasadny uznano natomiast zarzut braku podania w SIWZ w jaki sposób koszt prowadzenia PSZOK wykonawcy mają uwzględnić w cenie ofert. Odpowiedź na tego typu zarzuty i żądania może jedynie następująca: koszt prowadzenia PSZOK wykonawcy powinni uwzględnić i wycenić w swojej ofercie w sposób, który najlepiej zabezpiecza ich interesy. I każdy z nich może uczynić to na swój sposób, oczywiście w ramach zakreślanych postanowieniami ustawy i przedmiotowej SIWZ. Nie jest zadaniem zamawiającego pouczać profesjonalnych wykonawców w jaki sposób mają wyceniać swój koszt odbioru i zagospodarowania odpadów oraz wykonania innych obowiązków umownych oraz uwzględniać powyższe w kwocie wynagrodzenia jakie będą otrzymywać. Przy przyjętym w SIWZ mechanizmie określenia wynagrodzenia, winno być jasne, iż elementami ceny ofertowej, w których

należy wliczać wszystkie koszty, które złożą się na wykonanie zamówienia, są ceny za jedną tonę odpadów (którychkolwiek odpadów). Przy czym ceny ofert kalkulowanych w różny sposób będą w tym przypadku idealnie porównywalne, a rzeczywiste uwzględnienie czy nieuwzględnienie przez wykonawcę kosztu prowadzenia PSZOK będzie miało znaczenie jedynie przy badaniu wystąpienia w ofertach ceny rażąco niskiej.

## **Zarzut V**

Zarzut oddalono.

Powołane wyżej wyroki sądów okręgowych dotyczące kształtowania warunków umowy, co już wskazano, jak najbardziej mogą zostać odniesione również do kształtowania samego opisu i zakresu zamówienia (a więc przedmiotu umowy). Tym samym wskazywany brak podstawy prawnej do przymuszania zamawiającego do zawarcia umowy na warunkach, których treść mu nie odpowiada, odnosi się również do przymuszania zamawiającego do zakupu rzeczy czy świadczeń, których kupić nie chce lub przyjęcia ich wykonania w terminie, który jest dla niego nieakceptowany. Bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie, Krajowa Izba Odwoławcza i sądy powszechne, nie mogą wziąć na siebie odpowiedzialności za określenie potrzeb zamawiającego i sposobu ich zaspokojenia. W przepisach Pzp brak oparcia dla opisywania za zamawiającego jego przedmiotu zamówienia, określania umownych warunków i terminu jego realizacji, kształtowania budżetu zamawiającego... *etc.* W szczególności wskazanie w art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, iż uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, nie może stanowić oparcia dla powyższego. Organy orzekające mogą i powinny przeciwstawić się dokonaniu przez zamawiającego zakupów niezgodnych z prawem, nie mogą jednakże za zamawiającego i wbrew jego woli, narzucić, co winien kupić w zamian i w jaki sposób lub z jakich zamówień zrezygnować.

Izba doktrynalnie nie wyklucza i nie przesądza o bezwzględnym zakazie jakiegokolwiek ingerencji w czynności zamawiającego kształtujące stosunki umowne nawiązywane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, wykraczające poza stwierdzenie ich niezgodności z prawem i następującym po tym, nakazie ich unieważnienia lub powtórzenia. W niektórych przypadkach dopuszczalne, czy nawet wskazane, będzie nakazanie zamawiającemu dokonania określonych modyfikacji warunków przetargu (w tym opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy). W szczególności, po wysłuchaniu stron, w tym zamawiającego w przedmiocie określenia jego potrzeb i motywów, do których zaspokojenia zmierza przy pomocy danego zamówienia, ze względu na ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia, a także z powołaniem na pewne trudne do przecenienia, kształtujące się od początku funkcjonowania arbitrażu, tradycje czy nawet zwyczaje orzecznicze, możliwe będzie nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia dokładnie podyktowanych zmian SIWZ. Zwłaszcza jeżeli dane

zmiany sprowadzały się będą li tylko do eliminacji niedopuszczalnych ograniczeń konkurencji w warunkach zamówienia, a nie zmieniały będą istoty zamówienia, jego zakresu i rodzaju, i jednocześnie nie będą nadmiernie ingerowały w sferę *dominium* zamawiającego (który w ramach zamówień publicznych nie działa bynajmniej jako organ administracji publicznej) lub będą przez niego akceptowane.

Można więc przyjąć i wskazać, że organy orzekające, związane zasadą legalizmu, a także działając w warunkach obowiązywania zasady swobody umów i w systemie prawnym na tej zasadzie opartym, a nie w warunkach gospodarki nakazowo-rozdzielczej, winny ze szczególną ostrożnością i w ograniczonym zakresie kształtować stosunki umowne pomiędzy stronami obrotu cywilnoprawnego. Tym samym w celu narzucenia zamawiającemu konkretnego kształtu i zakresu jego zamówienia, wykonawcy winni zwracać się do instytucji, którym dany zamawiający jest organizacyjnie lub politycznie podległy (o ile takie występują), a nie do organów orzekających w sprawach zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy. Izba może natomiast, w przypadku adekwatnych wniosków odwołania w tym zakresie, nakazać unieważnienie postępowania, w którym opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy, a dokonanie jego poprawienia egzekwowalnym wyrokiem Izby jest z powodów opisanych powyżej, niemożliwe.

W szczególności, odnośnie żądań przedmiotowego odwołania, Izba uznała, iż uwzględnienie w tym przypadku żądań zmierzających do nakazania zamawiającemu zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia, wykracza poza uprawnienia Izby.

Powyższa okoliczność, w zestawieniu z okolicznościami opisanymi poniżej, zdeteminowała kształt zapadłego rozstrzygnięcia.

Odwołujący na rozprawie żądał w tym zakresie, nakazania zamawiającemu wprowadzenia 14-dniowego terminu dla rozpoczęcia pracy PSZOK liczonego od dnia podpisania umowy. Wnosił również o przyjęcie 30-dniowego terminu na rozmieszczenie pojemników na odpady. Odwołujący nie wykazał jednak z jakich względów wskazany 14-dniowy termin uruchomienia PSZOK uznaje za konieczny i minimalny, tzn. nie wykazał z jakich względów czynności, które wskazał (odebranie nieruchomości, zatrudnienie pracowników... etc.), nie mogą zostać wykonane w terminie wcześniejszym. Nie wykazał powyższego również w odniesieniu do rozwieszenia i rozmieszczenia pojemników na terenie wykonywania usług, powoływał się w tym zakresie jedynie na swoje doświadczenie i twierdził, iż rozstawienie określonej w przedmiocie zamówienia ilości pojemników na takim obszarze w okresie krótszym niż przez niego wskazany, nie może zostać przeprowadzone.

Odnośnie powyższego dodać jeszcze należy, iż zarzuty dotyczące postanowień SIWZ definiowane są również przez żądania, które wykonawca względem nich formułuje. Dopuszczalność żądań i możliwość

ich przeprowadzenia warunkuje możliwość uwzględnienia danego zarzutu. W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił odwołujący. Tego typu sytuacje występują najczęściej na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednakże wtedy kształt zapadających rozstrzygnięć, przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienia, odrzucenia oferty, wykluczenie wykonawcy... etc.). Natomiast możliwość modyfikacji wyrokiem żądań odwołującego sformułowanych względem treści SIWZ doznaje zasadniczych ograniczeń. Na przykład w przypadku uznania, iż stawiane żądania są w świetle prawa niedopuszczalne, Izba nie może sama, niejako wyręczyć strony i zadecydować jaki kształt powinna przyjąć specyfikacja istotnych warunków zamówienia i jak powinna zostać poprawiona, w szczególności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Ponadto wykonawcy i organy orzekające – co zostało już wielokrotnie podkreślone powyżej – nie mogą decydować za zamawiającego, co powinien zakupić i w jaki sposób, w zamian przedmiotu, którego opis narusza przepisy ustawy i w zastanym kształcie jest niedopuszczalny (byłaby to nadmierna ingerencja w sferę *dominium* zamawiającego). W takim przypadku postępowanie o udzielenie zamówienia powinno zostać unieważnione, co dałoby zamawiającemu możliwość odpowiedniego, zgodnego z jego potrzebami, poprawienia opisu jego przedmiotu zamówienia, albo rezygnację z zakupu, którego zgodnie z przepisami prawa przeprowadzić nie chce, nie może lub nie potrafi. Natomiast, w tym przypadku, odwołujący unieważnienia postępowania nie żądał, ale domagał się zmiany terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia. Uwzględnienie tego typu żądania, z powodów opisanych powyżej, nie było możliwe.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....