

Sygn. akt: KIO 1432/14

POSTANOWIENIE
z dnia 23 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Honorata Łopianowska Grzegorz Matejczuk Agata Mikołajczyk
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 23 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2014 r. przez wykonawcę Remondis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Żywiec w Żywcu

postanawia:

1. umorzyć postępowania odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Remondis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwoty 15.000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy], stanowiącej równowartość wpisu uiszczanego przez Odwołującego.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku Białej**.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający Miasto Żywiec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie miasta Żywca*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Wobec brzmienia ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], Odwołujący w dniu 11 lipca 2014 r. r. złożył odwołanie, w którym zarzucił naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. art. 7 Pzp i art. 22 ust. 4 ustawy, poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania tj. żądania posiadania przez wykonawcę aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub gotowości przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, a tym samym określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia [pkt VI pkt 1 ppkt 1.1. lit b) SIWZ str. 18];
- 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 36a ust. 1 i 2 ustawy, poprzez zobowiązanie wykonawcy do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób nadmierny w zakresie w jakim nakłada na wykonawcę obowiązek osobistego wykonania części zamówienia obejmującej zagospodarowanie niesegregowanych [zmieszanych] odpadów komunalnych, o których mowa w pkt VI

- ppkt 1 lit a) SIWZ [str. 16 i 17] oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny, o których mowa w pkt VI ppkt 1 lit b) SIWZ [str. 16 i 17], a tym samym preferowanie wykonawcy Beskid Żywiec sp. z o.o.;
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie w jakim wykonawca ma obowiązek odbierania odpadów poza ustalonym w harmonogramie terminem, jeżeli odpady te zostały zebrane i zgromadzone na terenie nieruchomości w terminach innych niż przewiduje harmonogram odbioru odpadów, a zagraża to bezpieczeństwu życia i zdrowia mieszkańców bez wskazania maksymalnej ilości odpadów jaką w ciągu całego okresu obowiązywania umowy wykonawca będzie zobowiązany odbierać na zgłoszenie Zamawiającego [pkt III.2 Opis przedmiotu zamówienia, Szczegółowy opis sposobu realizacji usługi ppkt 3.3. harmonogram odbioru odpadów *in fine*];
 - 4) art. 36 ust. 2 pkt 11 ustawy, poprzez określenie wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez Zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu do umowy, a które zostały wskazane we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, w sytuacji gdy przedmiotowe zamówienie dotyczy usług, a uprawnienie do określenia tego typu wymagań w treści SIWZ przysługuje Zamawiającemu wyłącznie w przypadku zamówień na roboty budowlane [pkt VI ppkt 3 SIWZ str. 17 SIWZ oraz § 4 ust. 3 do ust. 33 [włącznie] wzoru umowy];
 - 5) art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy, poprzez sporządzenie załącznika nr 1 do SIWZ Wzór umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz nie gwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:
 - a) Zamawiający wprowadził do wzoru umowy wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez Zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu do umowy;
 - b) Zamawiający zastrzega sobie prawo dokonywania kontroli wykonawcy, a w tym celu na każde wezwanie Zamawiającego wykonawca jest zobowiązany w terminie określonym przez Zamawiającego nie dłuższym niż 1 dzień udostępnić lub wydać wszelkie niezbędne dokumenty [kopie] związane z realizacją usług oraz udzielić pisemnej odpowiedzi w przypadku otrzymania pytań od Zamawiającego [§ 5 ust. 1 wzoru umowy]; wynagrodzenie wykonawcy nie będzie podlegało waloryzacji

w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT [§ 7 ust. 8 wzoru umowy];

- c) Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia w sytuacji, gdy kwota wypłaconego Wykonawcy wynagrodzenia brutto z tytułu realizacji usługi w dalszym okresie jej realizacji mogłaby przekroczyć łączną kwotę całkowitego wynagrodzenia brutto, o której mowa w § 7 ust. 3 umowy [§ 8 ust. 2 wzoru umowy].
- d) wynagrodzenie wykonawcy nie będzie podlegało waloryzacji w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT [§ 7 ust. 8 wzoru umowy];
- 6) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ poprzez:

1. modyfikację pkt VI ppkt 1 lit a) SIWZ [str. 16 i 17], polegającą na wykreśleniu obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia obejmującej zagospodarowanie niesegregowanych [zmieszanych odpadów komunalnych] w nim wskazanych;
2. modyfikację pkt VI ppkt 1 lit b) SIWZ [str. 16 i 17] polegającą na wykreśleniu obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia obejmującej zagospodarowanie odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny, o których mowa w tym postanowieniu SIWZ;
3. wykreślenie pkt VI pkt 1 ppkt 1.1. lit b) SIWZ [str. 18] i pkt VII ppkt 1.2) [str. 21];
4. modyfikację pkt III.2 Opisu przedmiotu zamówienia, Szczegółowy opis sposobu realizacji usługi ppkt 3.3. harmonogram odbioru odpadów *in fine* poprzez wskazanie maksymalnej miesięcznej [w Mg lub w m³] liczby odpadów w ciągu całego okresu obowiązywania umowy, które wykonawca zobowiązany będzie odbierać w wyjątkowych sytuacjach, na zgłoszenie Zamawiającego [str. 10 SIWZ];
5. wykreślenie pkt VI ppkt 3 SIWZ str. 17 SIWZ oraz § 4 ust. 3 do ust. 33 [włącznie] wzoru umowy;
6. modyfikację § 5 ust. 1 wzoru umowy poprzez wskazanie, że wykonawca zobowiązany jest udostępnić lub wydać wszelkie niezbędne dokumenty [kopie] związane z realizacją usług oraz udzielić pisemnej odpowiedzi w przypadku otrzymania pytań od Zamawiającego w terminie nie krótszym niż 5 dni roboczych;
7. modyfikację § 7 ust. 8 wzoru umowy poprzez wskazanie, że wynagrodzenie

wykonawcy będzie podlegało waloryzacji w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT [o kwotę wynikającą ze zwiększonej stawki];

8. wykreślenie § 8 ust. 2 wzoru umowy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł:

[1] W zakresie zarzutu dotyczącego nałożenia na wykonawcę obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia:

W pkt VI ppkt 1 SIWZ [str. 16 i 17 SIWZ] określił kluczowe części zamówienia, które wykonawca zobowiązany jest wykonać osobiście:

„Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, tj.

a) odbioru i zagospodarowania niesegregowanych [zmieszanych] odpadów komunalnych zgromadzonych w pojemnikach/workach zlokalizowanych przy budynkach mieszkalnych lub na terenie nieruchomości zamieszkałych i nie zamieszkałych zlokalizowanych w zakładach pracy, punktach handlowych i usługowych, szkołach, cmentarzach i parafiach, instytucjach publicznych, lokalach gastronomicznych, aptekach, targowiskach, przychodniach i placówkach leczniczych, hotelach i innych obiektach noclegowych, ogródkach działkowych i domkach rekreacyjnych, obiektach rekreacyjno - sportowych, przy ulicach i placach, pozostałych obiektach nie zamieszkałych itp.,

b) odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, gromadzonych w sposób selektywny: przeterminowanych leków i chemikaliów w tym farb, rozpuszczalników, olejów odpadowych itd., zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, opakowań po środkach ochrony roślin i nawozach, zużytych tekstyliów w tym ubrań, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych i rozbiórkowych, zużytych opon, odpadów ulegających biodegradacji i zielonych, w tym odpadów opakowaniowych ulegających biodegradacji, papieru, szkła i opakowań wielomateriałowych, tworzyw sztucznych, metali, żużli z kotłów c.o. oraz ich zagospodarowanie. ”

Odwołujący podał, że Zamawiający wskazał, że powyższy wymóg nie jest skuteczny w zakresie, w jakim wykonawca powoła się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Co odpowiada brzmieniu art. 36a ust. 3 ustawy. Jednocześnie, w pkt III Opis przedmiotu zamówienia pkt 2 ppkt 2.7 SIWZ, Zamawiający wskazał, że „*W ramach*

zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej lub zastępczych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, właściwej dla regionu IV, zgodnie z Planem gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014 [uchwała Nr IY/25/1/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 roku]. W przypadku selektywnie zebranych odpadów komunalnych, w ramach zagospodarowania odpadów, Wykonawca zobowiązany jest do ich przekazywania do instalacji odzysku i unieszkodliwiania, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami oraz zasadą bliskości, o której mowa w ustawie o odpadach. ”

Zgodnie z uchwałą nr IV/50/6/2014 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 5 maja 2014 r. w sprawie zmiany uchwały nr IV/25/1/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 roku w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014 zmienionej uchwałą Nr IV/32//9/2013 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 25 marca 2013 r., regionalną instalacją do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych [MBP] jest Zakład Gospodarki Odpadami S.A. w Bielsko Białej.

Stosownie do art. 20 ust. 1 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. [Dz.U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.] odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania. Zgodnie z kolei z ust. 2 przywołanego przepisu, odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub technologię, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Z przywołanej powyżej uchwały Sejmiku Województwa Śląskiego wynika, że najbliższą instalacją do sortowania odpadów komunalnych selektywnie zebranych i zmieszanych oraz kompostownią odpadów komunalnych dla Miasta Żywca jest instalacja Beskid Żywiec sp. z o.o., ul. Kabaty 2, 34-300 Żywiec, która ma status instalacji zastępczej. Beskid Żywiec sp. z o.o. jest spółką zależną Zamawiającego [Zamawiający posiada w niej większość udziałów] i obecnym wykonawcą usługi.

Treść pkt VI ppkt 1 lit b) SIWZ rozpatrywana łącznie z pkt lii pkt 2 ppkt 2.7 SIWZ jednoznacznie wskazuje, zdaniem Odwołującego, że aby móc ubiegać się o udzielenie zamówienia podmioty zajmujące się profesjonalnie odbiorem odpadów będą musiały

ubiegać się o przedmiotowe zamówienie wspólnie z Beskid Żywiec sp. z o.o., ewentualnie uzyskać od tego podmiotu zobowiązanie do udostępnienia zasobów. Tym samym, Zamawiający narzuca wykonawcy formę w jakiej będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia, a przede wszystkim narzuca wykonawcy współpracę z podmiotem zależnym od Zamawiającego gwarantując mu w ten sposób udział w realizacji zamówienia nawet w przypadku gdy go nie uzyska w wyniku rozstrzygnięcia przetargu, przy czym Beskid Żywiecki sp. z o.o. również może ubiegać się o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie może nie być zainteresowana nawiązaniem współpracy z innymi podmiotami, nie ma takiego obowiązku. Takie ukształtowanie treści SIWZ powoduje, w ocenie Odwołującego, że o wyborze oferty najkorzystniejszej przesądzi podmiot trzeci - Beskid Żywiecki sp. z o.o., a nie określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert. Od tego bowiem czy podmiot ten będzie współpracował z wykonawcą lub udostępni mu swoje zasoby będzie bowiem zależała możliwość ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Stanowczego pokreślenia wymaga, że istotą stawianego przez Odwołującego zarzutu nie jest fakt wprowadzenia przez Zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, które jest dopuszczalne na podstawie art. 36a ustawy, ale zakres jego wprowadzenia. Na gruncie przedmiotowego postępowania Zamawiający wykorzystując rozwiązania dostępne w ustawie, wprowadził postanowienia ograniczające konkurencję eliminując z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy są w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty, jednakże nie są w stanie zapewnić samodzielnego zagospodarowania odpadów w wymaganym przez Zamawiającego zakresie.

Wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie konkurencji jest tym bardziej nieuzasadnione, że zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy, zasadą jest, że wykonawca może powierzyć realizację części zamówienia podwykonawcy. Ograniczenie możliwości korzystania z podwykonawstwa traktowane jest jako wyjątek od zasady, który nie może prowadzić do ograniczenia konkurencji i preferowania określonego podmiotu. W powyższym zakresie w wyroku KIO z dnia 2 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2274/11 wydanym na gruncie uchylonego przepisu art. 36 ust. 5 ustawy, który pozostaje aktualny również na gruncie obowiązującego stanu prawnego wskazuje: *„Izba zważyła, że zasadę dopuszczalności podwykonawstwa przy wykonaniu zamówienia publicznego formułuje przepis art. 36 ust. 5 Pzp. Zgodnie z ww. przepisem wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.*

Zasadą jest zatem dopuszczalność podwykonawstwa w zamówieniach publicznych, a jeżeli zamawiający chce zastrzec osobiste wykonanie zamówienia lub jego części przez wykonawcę, zobowiązany jest do wyrażenia swej woli w tym zakresie w siwz. Tym samym, w zamówieniach publicznych ograniczenie możliwości podwykonawstwa traktowane jest jako wyjątek od zasady. Ponadto, jak wskazuje ww. przepis, ograniczenie podwykonawstwa może nastąpić jedynie w uzasadnionych okolicznościach, wynikających ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Należy zwrócić przy tym uwagę, iż ograniczenie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne. W związku z powyższym, nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa stanowi naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji. ”

Zdaniem odwołującego, Zamawiający wprowadzając powyższy wymóg do treści SIWZ, próbuje obejść przepisy i jednolitą linię orzecniczą KIO zgodnie z którym warunkiem udziału w postępowaniu nie może być dysponowanie regionalną instalacją przetwarzania odpadów komunalnych - wymóg dotyczący braku możliwości powierzenia podwykonawcy realizacji zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów, właściwie się do tego się sprowadza. Zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [art. 91] prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany zawrzeć umowę m.in. na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi. Skoro istnieje ustawowy obowiązek, to wymaganie wyłączające podwykonawstwo preferuje przedsiębiorstwa posiadające status RIPOK. Tylko ten wykonawca będzie bowiem w stanie samodzielnie zapewnić zarówno odbiór jak i zagospodarowanie odpadów. Wszyscy pozostali wykonawcy są zmuszeni korzystać z zasobów RIPOK w zakresie zagospodarowania odpadów. Instalacje regionalne należą do konkurencyjnych podmiotów, a żaden przepis nie nakłada na te podmioty obowiązku zawarcia umowy z wykonawcami przed tym jak wykonawcy ci będą dysponować odpadami. Zatem, stawianie wymogu aby już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy dysponowali odpowiednimi umowami preferuje wykonawców, którzy posiadają takie instalacje. Jednocześnie brak takiego wymogu nie uniemożliwia należytego wykonania zamówienia. Powyższą argumentację podziela także Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniach: KIO 469/13, KIO 503/13, KIO 891/13, KIO 912/13, KIO 952/13.

Takie ukształtowanie treści SIWZ stanowi naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców

[2] w zakresie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu - posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności:

Formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

a) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2010 roku [KIO/KU 83/10] *„Przed wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” - opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” - opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. ”*

b) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2010 r. [KIO 1947/10]: *„Izba podkreśla, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel jakiemu służy i do jakiego został powołany w niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe*

zamówienie. ”

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być również precyzyjny i jednoznaczny tak aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli jasność, co do tego czy spełniają postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Sporządzenie opisu spełniania warunków w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny prowadzi bowiem w efekcie do dowolności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i uniemożliwia wykonawcom prawidłowe przygotowanie oferty.

Za reprezentatywny w powyższym zakresie należy uznać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1291/10: *„Izba stwierdziła, że obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 22 ust. 3 oraz art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp jest precyzyjne opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być na tyle precyzyjny, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli jasność co do tego, czy spełniają postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Izba podziela utrwalony w orzecznictwie pogląd, że nieprecyzyjne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie mogą stanowić podstawy do podejmowania negatywnych czynności względem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. ”*

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt VI pkt 1 ppkt 1.1. lit b) SIWZ [str. 18] o udzielenie zamówienia o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, tj.: aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub gotowość przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny, a ponadto nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie doprecyzował jakie kody odpadów powinny być wskazane w posiadanym przez wykonawcę zezwoleniu, tym samym nie można stwierdzić czy na potwierdzenie spełniania w/ warunku Zamawiający za wystarczające uzna przedłożenia jakiegokolwiek zezwolenia czy jedynie zezwolenia obejmującego wszystkie kody opadów przewidzianych do odbioru i zagospodarowania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Brak precyzji w

tym zakresie prowadzi do dowolności oceny spełniania tego warunku udziału w postępowaniu.

[3] w zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia:

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy 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. W myśl art. 7 ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakiego zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007r. [sygn. akt UZP/ZO/O-1040/07 oraz UZP/ZO/O-1045/07] stwierdził, iż *„wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej - zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu”*,

Powyższą argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- a) *„Szeroko pojęte wymagania zamawiającego [w tym również dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji] składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencje, o której stanowi art. 29 ust. 2 p.z.p., nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów. ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty. ” - wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2009r sygn. akt KIO/UZP 1734/09;*
- b) *„Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć nie tylko opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta [dostawcę], lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji*

może nastąpić w wyniku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego." - wyrok KIO z dnia 18 listopada 2008r., sygn. akt KIO/UZP 1240/08

- c) W tym miejscu wspomnieć należy jeszcze o Orzeczeniu z dnia 23 kwietnia 2009r. Głównej Komisji Orzekającej BDF1/4900/22/21/09/726, w którym czytamy: *„Prawo zamówień publicznych, zawierając w art. 7 ust. 1 obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zakazuje dokonywania jego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie zaś naruszający zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia zawarty w pkt III SIWZ jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Brak precyzji powoduje, iż na jego podstawie nie jest możliwym należyte oszacowanie oferty. Ponadto, opis ten utrudnia uczciwą konkurencję i narusza równe traktowanie wykonawców.*

Stosownie do pkt III.2 Opis przedmiotu zamówienia, Szczegółowy opis sposobu realizacji usługi ppkt 3.3. harmonogram odbioru odpadów *in fine*, w wyjątkowych sytuacjach Wykonawca, na zgłoszenie Zamawiającego, ma obowiązek odbierania odpadów poza ustalonym w harmonogramie terminem, jeżeli odpady te zostały zebrane i zgromadzone na terenie nieruchomości w terminach innych niż przewiduje harmonogram odbioru odpadów, a zagraża to bezpieczeństwu życia i zdrowia mieszkańców.

Nakładając przedmiotowy obowiązek Zamawiający nie wskazał maksymalnej ilości odpadów jaką w ciągu całego okresu obowiązywania umowy wykonawca będzie zobowiązany odbierać na zgłoszenie o którym mowa w przywołanym powyżej postanowieniu SIWZ. Zaniechanie podania tej wartości przez Zamawiającego powoduje, że całe ryzyko z tym związane zostało przerzucone na wykonawcę. W tym stanie rzeczy wykonawca nie ma możliwości należytego oszacowania ceny oferty.

[4] w zakresie zarzutów dotyczących wzoru umowy:

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy, do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie

stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ Kodeksu cywilnego, 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, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. [Sygn. akt: KIO/2036/10]: *„Tym samym 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 regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ Kc.”*

Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się Wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak m.in.. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. [Sygn. akt: KIO/459/11]: *„Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy. ”.*

Zamawiający w załączonym do SIWZ wzorze umowy [załącznik nr 1 do SIWZ] zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 ustawy:

- a) Wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo. Zamawiający w pkt VI ppkt 3 SIWZ [str. 17 SIWZ] wskazał, że wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez Zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu do umowy, zostały określone we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.

Postanowienia § 4 ust. 3 do ust. 33 [włącznie] wzoru umowy pozostają w sprzeczności z przepisem art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ustawy. Wprowadzenie do wzoru umowy przywołanych powyżej postanowień narusza zasady współzycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy, gdyż umożliwia Zamawiającemu znaczną ingerencję w stosunki umowne łączące wykonawcę z ewentualnym podwykonawcą.

Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia są usługi, a nie roboty budowlane, to Zamawiający nie ma prawa tak dalece ingerować w relacje pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą. Takie uregulowanie podwykonawstwa byłoby uzasadnione w przypadku, gdyby przedmiotem zamówienia były roboty budowlane gdzie, występuje solidarna odpowiedzialność Zamawiającego i Generalnego Wykonawcy, za dokonanie zapłaty dla podwykonawców, nie zaś w przypadku niniejszego postępowania.

Wprowadzając do treści SIWZ wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi Zamawiający dopuścił się również naruszenia przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 Pzp, zgodnie z którym uprawnienie takie przysługuje Zamawiającemu wyłącznie w przypadku zamówienia na roboty budowlane.

b) Kontrola wykonawcy.

Zgodnie z §5 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokonywania kontroli Wykonawcy [bazy, sprzętu, sposobu wykonywania usługi] na każdym etapie realizacji zamówienia, w każdym czasie, począwszy od dnia zawarcia umowy. Kontrola będzie dokonywana w zakresie zgodności realizowanej usługi z warunkami w SIWZ oraz harmonogramem odbioru odpadów komunalnych. W tym celu na każde wezwanie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany w terminie określonym przez Zamawiającego - nie krótszym niż 1 dzień:

- a) udostępnić lub wydać wszelkie niezbędne dokumenty [kopie] związane z realizacją usługi,
- b) udzielić pisemnej odpowiedzi w przypadku otrzymania pytań od Zamawiającego.

Przewidziany przez Zamawiającego termin, w ciągu którego wykonawca jest zobowiązany udostępnić lub wydać wszelkie niezbędne dokumenty [kopie] związane z realizacją usługi oraz udzielić pisemnej odpowiedzi w przypadku otrzymania pytań od Zamawiającego jest zbyt krótki [1 dzień] zwłaszcza, że Zamawiający nie dookreślił czy chodzi o dzień

kalendaryzowy czy dzień roboczy. Termin 1 dnia może okazać się zbyt krótki na przygotowanie pisemnej odpowiedzi na pytania Zamawiającego.

- c) Waloryzacja wynagrodzenia w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT.

Zamawiający we wzorze umowy przewidział, iż wynagrodzenie nie będzie podlegało waloryzacji w przypadku, gdy zwiększy się stawka podatku VAT, tym samym całe ryzyko wynikające z tego faktu przerzucił na Wykonawcę. Jak to słusznie podnosi Urząd Zamówień Publicznych w jednej z opinii „wykonawca składając ofertę kalkuluje cenę oferty z uwzględnieniem aktualnej stawki podatku VAT. W tym zakresie podatek VAT stanowi jedynie czynnik cenotwórczy niezależny od woli wykonawcy. Kwota podatku VAT wliczona do ceny oferty nie ma zatem wpływu na korzyści ekonomiczne osiągnięte przez wykonawcę z tytułu wykonania zamówienia. Tak więc na chwilę sporządzenia oferty bez znaczenia dla wykonawcy jest wysokość aktualnej stawki podatku VAT i wynikająca z niej kwota tego podatku wliczona do ceny. W żadnym bowiem razie wysokość tego podatku nie wpływa na korzyści ekonomiczne osiągnięte przez wykonawcę z tytułu wynagrodzenia za wykonanie zamówienia. Przy czym należy wskazać, iż powyższe w równym stopniu dotyczy wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższa sytuacja może ulec zmianie dopiero z chwilą zmiany stawki podatku VAT, a w konsekwencji wysokości podatku należnego, w czasie obowiązywania umowy. W takim bowiem przypadku zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy w jego nominalnej wysokości [art. 3581 S 1 k.c.] uwzględniającej kwotę podatku VAT obliczoną wg. stawki obowiązującej w chwili składania ofert. Podwyższenie stawki podatku VAT spowoduje zmniejszenie wynagrodzenia netto wykonawcy i odwrotnie zmniejszenie stawki podatku VAT spowoduje zwiększenie wynagrodzenia netto wykonawcy w stosunku do wynagrodzenia stanowiącego podstawę obliczenia ceny oferty. Zmiana stawki podatku VAT jest zdarzeniem zewnętrznym niezależnym od woli stron umowy. Przy tym dotyczy ona w równym stopniu wszystkich podmiotów będących podatnikami tego podatku. Zmiana stawki podatku VAT może zatem stanowić obiektywnie uzasadnioną przyczynę zmiany wynagrodzenia ustalonego pierwotnie w umowie

- d) Rozwiązanie umowy.

Stosownie do § 8 ust. 2 wzoru umowy, Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia w sytuacji, gdy kwota wypłaconego Wykonawcy wynagrodzenia brutto z tytułu realizacji usługi w dalszym okresie jej realizacji

mogłaby przekroczyć łączną kwotę całkowitego wynagrodzenia brutto, o której mowa w § 7 ust. 3 umowy.

Zdaniem Odwołującego, wprowadzona przez Zamawiającego przesłanka rozwiązania umowy jest bardzo ogólna i pozostawia po stronie Zamawiającego bardzo dużą dozę dowolności. Posłużenie się w tym przypadku sformułowaniem „mogłaby przekroczyć” uprawnia *de facto* Zamawiającego do rozwiązania umowy w każdym czasie, nawet już po miesiącu realizacji umowy Zamawiający będzie mógł ją rozwiązać argumentując, że w jego ocenie realizacji usługi w dalszym okresie jej realizacji mogłaby przekroczyć łączną kwotę całkowitego wynagrodzenia brutto.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podał, iż uznaje zasadność części zarzutów zawartych w odwołaniu, co skutkowało dokonaniem zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w następującym zakresie:

a) pkt VI ppkt 1 lit. a SIWZ:

Zamawiający uwzględnił w całości żądanie Odwołującego, wykreślając obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia obejmującej zagospodarowanie niesegregowanych [zmieszanych] odpadów komunalnych,

2. b) pkt VI ppkt 1 lit. b SIWZ:

Zamawiający uwzględnił w całości żądanie Odwołującego, wykreślając obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia obejmującej zagospodarowanie odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny,

3. c) pkt VI pkt 1 ppkt 1.1. lit. b SIWZ, [str. 18] i pkt VII ppkt 1.2 [str. 21]:

Zamawiający uwzględnił zarzut braku precyzyjnego wskazania, jakie kody odpadów powinny być podane w posiadanych przez wykonawcę zezwoleniach, dodając wykaz kodów odpadów, które powinny zawierać wymagane od wykonawcy zezwolenia. Zamawiający nie podzielił argumentacji zawartej w odwołaniu, co do braku podstaw żądania od wykonawcy posiadania odpowiednich zezwoleń na prowadzenie działalności objętej przedmiotowym zamówieniem, pozostawiając wymóg przedstawienia przez wykonawcę aktualnych zezwoleń na prowadzenie działalności, jednakże wskazując kody odpadów, jakie powinny zawierać wymagane zezwolenia. Zamawiający dopuszcza w SIWZ alternatywnie możliwość przedstawienia przez

Wykonawcę potwierdzenia przedsiębiorcy prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów gotowości ich przyjęcia.

d) pkt III.2, ppkt 3.3.SIWZ [str. 10]:

Zamawiający uwzględnił w całości żądanie Odwołującego, podając maksymalną miesięczną liczbę odpadów w ciągu całego okresu obowiązywania umowy, które wykonawca zobowiązany będzie odbierać w wyjątkowych sytuacjach, na zgłoszenie Zamawiającego,

e) pkt VI ppkt 3 SIWZ [str. 17] oraz § 4 ust. 3 do ust. 33 [włącznie] wzoru umowy:

Zamawiający uwzględnił w całości żądanie Odwołującego w odniesieniu do SIWZ, wykreślając żądane postanowienie. Natomiast w przypadku wzoru umowy, uwzględnił częściowo żądanie Odwołującego, wykreślając: ust. 3, 6 do 29 włącznie i ust. 31 oraz modyfikując ust. 32 i 33,

f) § 5 ust. 1 wzoru umowy:

Zamawiający częściowo uwzględnił żądanie Odwołującego, wydłużając termin udostępnienia lub wydania niezbędnych dokumentów związanych z realizacją usługi oraz udzielenia pisemnej odpowiedzi na pytania Zamawiającego z jednego dnia na dwa dni robocze,

g) § 8 ust. 2 wzoru umowy:

Zamawiający oświadczył, że w całości uwzględnił żądanie Odwołującego, wykreślając powyższe postanowienie, wobec powyższego Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania w powyższym zakresie.

4. Natomiast Zamawiający nie uwzględnił żądania modyfikacji § 7 ust. 8 wzoru umowy poprzez wskazanie, że wynagrodzenie wykonawcy będzie podlegało waloryzacji w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT o kwotę wynikającą ze zwiększonej stawki.

Ostatecznie Zamawiający w całości wykreślił postanowienie zawarte w § 7 ust. 8 wzoru umowy, jednakże dodając w § 13 wzoru umowy postanowienie [pkt 3] umożliwiające dokonanie modyfikacji treści umowy w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT.

Na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, iż w części w której odpowiedź na odwołanie nie obejmuje uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu składa uzupełniającą odpowiedź na odwołanie ustnie do protokołu i w zakresie postanowień SIWZ dotyczących momentu przedłożenia zezwolenia na zbieranie i zagospodarowanie odpadów zobowiązał się do ponownej modyfikacji SIWZ i ogłoszenia w ten sposób, że z pkt 6 ppkt 1.1.b [str. 18 SIWZ] a także z pkt 7 ppkt 1.2 [str. 21 SIWZ] zostaną wykreślone pkt 6 ppkt 1.1.b a także pkt 7 ppkt 1.2, a także w pkt 6 tytułowanym „podwykonawstwo” ppkt 1.b [str. 16 SIWZ] wykreśli 3 ostatnie wyrazy postanowienia SIWZ tj. „oraz ich zagospodarowanie”. Zamawiający podał, że w tym zakresie do wzoru umowy zostanie wprowadzony wymóg przedłożenia zezwolenia na zabieranie i zagospodarowanie odpadów w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy. Zamawiający oświadczył, że jednocześnie w umowie zostanie wprowadzone postanowienie nakładające na wykonawcę obowiązek rozpoczęcia prowadzenie PSZOK w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy.

Odwołujący oświadczył na posiedzeniu, że dokonane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie uwzględnienie części zarzutów odwołania, dopełnione uwzględnieniem pozostałych zarzutów dokonanym na rozprawie stanowi, w jego ocenie, uwzględnienie zarzutów. Odwołujący cofnął zarzut dotyczący § 7 ust. 8 wzoru umowy tj. klauzuli waloryzacyjnej dot. wynagrodzenia należnego wykonawcy. Odwołujący oświadczył, iż w zakresie, w jakim zarzuty odwołania nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego, cofa zarzuty, wnosi o umorzenie postępowania wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego.

Odwołujący podał, iż te zarzuty, co do których w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający ustosunkował się w sposób pozytywny, uznaje za uwzględnione.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W związku z faktem, iż, Zamawiający złożył pismo, stanowiące odpowiedź na odwołanie, z którego wynika iż uwzględnił część zarzutów, dopełniając powyższe stanowisko na posiedzeniu, zaś Odwołujący cofnął jedyny nieuwzględniony zarzut, uznano że zaszły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba

może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jeśli zatem Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił część zarzutów, a na posiedzeniu dopełnił stanowisko ustnie do protokołu o uwzględnienie dalszych zarzutów, to należy uznać, iż wyczerpuje to stan stanowiący uwzględnienie wszystkich zarzutów odwołania.

Z oświadczeń stron wynika, iż wobec złożenia przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający podzielił część zarzutów, oraz wobec cofnięcia pozostałych zarzutów przez Odwołującego, żaden z nich nie jest na tym etapie sporny.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznano że w sprawie zaszły okoliczności objęte dyspozycją art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest uwzględnienie przez Zamawiającego wszystkich zarzutów odwołania, w sposób satysfakcjonujący Odwołującego.

Skoro zatem:

1. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. Odwołujący nie podtrzymuje tych zarzutów, które nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione,
3. stanowisko Odwołującego wskazuje, iż sposób i zakres uwzględnienia zarzutów odwołania wyartykułowany przez Zamawiającego w pełni zaspokaja Jego żądania i interes,
4. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca

Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, uznano, że koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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].

Skład orzekający: