

Sygn. akt: KIO 833/13

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2013 r. przez Odwołującego – ALBA Dolny Śląsk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Wałbrzychu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Marcinowice w Marcinowicach

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego - ALBA Dolny Śląsk spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Wałbrzychu, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego ALBA Dolny Śląsk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Wałbrzychu na rzecz Zamawiającego Gminy Marcinowice w Marcinowicach kwotę 2 800 zł 00 gr [słownie: dwóch tysięcy ośmiuset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.] na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Marcinowice od 01.07.2013 r. do 30.06.2015 r.” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], Odwołujący w dniu 12 kwietnia 2013 r. r. złożył odwołanie, w którym zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ustawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał następujące argumenty, mające potwierdzać zasadność podnoszonych zarzutów:

-[1] analiza treści SIWZ - pkt 111.6. Realizacja przedmiotu zamówienia pkt 1) lit a) i b) wskazuje, że w ramach odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych w ramach odbioru zmieszanych odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest odebrać wszystkie odpady komunalne umieszczone w pojemnikach na odpady zmieszane oraz odpady komunalne wystawione np. w workach (tzw. nadwyżki), przy pojemnikach na odpady zmieszane, a także odpady, które zostały wysypane z pojemników w trakcie ich opróżniania, wywiane lub wyrzucone przez osoby trzecie (np. w wyniku aktów wandalizmu). Odbiór odpadów z pojemników Wykonawca zobowiązany jest dokonać z miejsca ustawienia tych pojemników, wskazanego przez właściciela nieruchomości, a po opróżnieniu pojemnika Wykonawca zobowiązany jest dokonać odstawienia pojemnika w to samo miejsce.

Niewskazanie w specyfikacji, żadnych zobowiązań i obowiązków właścicieli (zupelna dowolność w doborze miejsca ustawienia pojemników) lub nie ustalone przez Zamawiającego z poszczególnymi właścicielami i nieprzeniesione do specyfikacji wymagania w tym zakresie, nie dają możliwości dokładnego określenia przyszłych czynności składających się na usługę, a tym samym Wnoszący odwołanie nie ma możliwości wyceny usługi i wskazania wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do takich specjalnych informacji (nie wskazanych dodatkowo w SIWZ), bardziej preferowani w takim postępowaniu stają się przedsiębiorcy wykonujący do tej pory usługi objęte przedmiotem zamówienia lub ogólnie usługi na terenie Gminy Marcinowice lub posługujący

się w przygotowaniu oferty lub przyszłym wykonaniu zamówienia osobami po prostu lepiej znającymi teren i okolice.

-[2] Dalsza analiza treści SIWZ - pkt 111.6. Realizacja przedmiotu zamówienia pkt 1) lit c) wskazuje, że Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia wszystkich nieruchomości w pojemniki do zbierania zmieszanych odpadów komunalnych. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach narzuca ten obowiązek na właściciela nieruchomości [§ 5 ust. 1 pkt. 1], obowiązek ten narzuca również na właściciela nieruchomości Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Marcinowice [§ 2 ust. 1]. Wprawdzie *uchwała w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, w zamian za uiszczoną przez nich opłatę /XVII/147/12 z 21.12.2012r/* mówi iż mieszkaniec w ramach tej opłaty będzie wyposażony w pojemnik, ale jest ona niezgodna zarówno z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Marcinowice, jak również ustawą o utrzymaniu czystości (...) wówczas obowiązującą. Gmina jednak nie zmieniła prawa miejscowego w tym zakresie nawet po znowelizowaniu ustawy przez Sejm w dniu 19.02.2013, gdzie dał Gminie prawo podjęcia uchwały o możliwości wyposażenia mieszkańców przez wykonawcę w pojemniki w ramach ponoszonej przez nich opłaty, związku z powyższym w dalszym ciągu obowiązują zapisy Regulaminu o utrzymaniu czystości [...] uchwalonego na podstawie Ustawy przed nowelizacją, czyli że to właściciel nieruchomości musi wyposażyć nieruchomość w pojemnik na zmieszane odpady komunalne na własny koszt), a więc można by wysnuć wniosek, że mieszkaniec Gminy nie mogąc być zmuszany do działania w sposób bardziej ograniczony przez prawo miejscowe, aniżeli wskazuje na to prawo powszechnie, będzie miał w Gminie Marcinowice prawo wyboru czy będzie korzystał z pojemnika dostarczanego przez Gminę (czyli Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu objętym odwołaniem) czy też w takie pojemniki zaopatrzy się samodzielnie. Wobec powyższego Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winien posiadać wiedzę, którzy [liczba] z mieszkańców będą chcieli wyposażyć nieruchomości na własny koszt w pojemniki, a którzy skorzystają z możliwości jakie daje Gmina. W takim wypadku obowiązek wskazania zgodnie z warunkami SIWZ jednej zryczałtowanej kwoty wynagrodzenia, nie daje możliwości wyodrębnienia wynagrodzenia za dostawę pojemników, a biorąc pod uwagę fakt, iż umowa nie będzie dawać możliwości zmian w tym zakresie winno się i ten dokument doprecyzować. W obecnym brzmieniu SIWZ oraz umowy świadczenie usługi może nieść straty dla każdej ze stron przyszłej umowy a w przypadku Zamawiającego prowadzić nawet do naruszenia przepisów prawa, w szczególności ustawy o finansach publicznych. W przypadku kiedy zamierzeniem Zamawiającego jest aby mieszkaniec nie miał wyboru w opisywanym powyżej

zakresie, i faktycznie dla wszystkich nieruchomości w Gminie Marcinowice to Wykonawca biorący udział w postępowaniu, będzie miał dostarczyć pojemniki, to Zamawiający powinien doprowadzić do spójności Prawa miejscowego z Prawem powszechnym, gdyż tak niejednorodnie opisany przedmiot zamówienia- zakres obowiązków może być bezpośrednio związany z nakładami finansowymi jak również i karami umownymi za niewypełnianie obowiązków umownych. Takim postępowaniem Zamawiający naruszył przepis art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[3] Analiza treści SIWZ - pkt 111.6. Realizacja przedmiotu zamówienia pkt 1) lit d) wskazuje, że Wykonawca zobowiązany jest do każdorazowego sprawdzenia zawartości pojemnika na zmieszane odpady komunalne, a w przypadku stwierdzenia, że w pojemniku znajdują się odpady, których obowiązek selektywnego zbierania wynika z Uchwały nr XXVII/148/12 z dnia 21 grudnia 2012 roku w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Marcinowice - do udokumentowania tego faktu oraz niezwłocznego powiadomienia Zamawiającego, wraz ze wskazaniem adresu nieruchomości. Podobnie w przypadku zapisów SIWZ w tym samym punkcie tym razem lit. e), gdzie Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego informowania Zamawiającego o wszelkich nieprawidłowościach stwierdzonych w trakcie świadczenia usługi, w tym m.in. o stwierdzonych przypadkach:

- pozostawienia przy pojemnikach na odpady odpadów wielkogabarytowych,
- wielkogabarytowego zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz świetlówek (poza terminami tzw. „wystawek”),
- notorycznego powstawania tzw. „nadwyżek” na danych nieruchomościach,
- niemożności odebrania z nieruchomości odpadów komunalnych zmieszanych ze względu
- na brak współdziałania właściciela nieruchomości z Wykonawcą.

Takim postępowaniem Zamawiający naruszył przepis art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wskazując podstawowych parametrów takiej weryfikacji, nie ograniczając jej jedynie do oceny wzrokowej zawartości widocznej gołym okiem i zauważalnym po otwarciu pojemnika, rozbudowuje zakres czynności Wykonawcy do nieznanego zaangażowania (np. czy badać całą zawartość pojemnika, gdzie badać - jeśli na ulicy to również obowiązkowo posprzątać a może i nawet zdezynfekować miejsce, gdzie śmieci zostaną wysypane przez zabranie przez samochód specjalistyczny, itd.) co uniemożliwia określenie ceny za jedno opróżnienie pojemnika tym samym za cały przedmiot zamówienia.

[4] Kolejne zapisy SIWZ np. pkt 111.6. pkt 2) zdradzają że obowiązkiem Wykonawcy jest organizacja selektywnej zbiórki odpadów: papieru, makulatury i tektury, tworzyw (...), w ramach której odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest odebrać *wszystkie* selektywnie zebrane odpady komunalne umieszczone

w workach do selektywnej zbiórki (nieruchomości zamieszkałe system indywidualny) lub w pojemnikach do selektywnej zbiórki (nieruchomości niezamieszkałe oraz system zbiorowy) oraz odpady komunalne zebrane selektywnie wystawione np. w dodatkowych (innych) workach i w workach przy pojemnikach do selektywnej zbiórki, a także odpady, które zostały wysypane z pojemników w trakcie ich opróżniania, wywiane lub wyrzucone przez osoby trzecie (np. w wyniku aktów wandalizmu) lub zwierzęta. Tak ogólnie i niejasno sformułowany obowiązek obarczony dodatkowo ryzykiem wandalizmu (w więc praktycznie każdego nieoczekiwanego i nieprzewidzianego zachowania) nie daje możliwości wyceny i określenia wysokości wynagrodzenia jakie należy wskazać w ofercie. Takim postępowaniem, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył przepis art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[5] Podobnie należy zakwalifikować żądanie Zamawiającego zawarte w:

- SIWZ pkt III.6, pkt 2.1. lit. b), gdzie Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w trakcie dostawy worków na nieruchomości przekazywał również właścicielom nieruchomości materiały informacyjne i edukacyjne dotyczące m.in. zasad selektywnej zbiórki odpadów oraz harmonogramy odbioru odpadów. Brak określenia miejsca odbioru takich materiałów, udokumentowania wykonania takiego obowiązku jak również nie określenie żadnych parametrów takiego materiału informacyjnego powoduje brak możliwości wyceny takiej usługi i określenie wynagrodzenia w ofercie na zasadach wymaganych przez Zamawiającego. Dodatkowo stwierdzić należy, że usługa taka wykracza poza opis przedmiotu zamówienia i przywołane kody CPV dla zamówienia, bo jest usługą kolportażu ulotek.

[6] W SIWZ pkt 111.6, pkt 2.1 a), 2.2. a) i 2.3. a), opisuje się np. worki z folii PHD i pojemniki bez podania żadnych szczególnych parametrów (wytrzymałość na rozerwanie, rozciągliwość, itp.) w tym w szczególności bez zastosowania przepisów art. 30 ustawy Pzp bo bez odwołania do m.in.:

A. cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

B. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:

1) europejskie aprobaty techniczne;

2) wspólne specyfikacje techniczne;

3) normy międzynarodowe;

4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.

C. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów, o których mowa w pkt B, uwzględnia się w kolejności:

- 1)Polskie Normy;
- 2)polskie aprobaty techniczne;
- 3)polskie specyfikacje techniczne.

D. dopuszczalnych rozwiązania równoważnych opisywanym.

F. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

Jeśli dodatkowo przyjąć, że w SIWZ pkt 111.6 pkt 2.1.:

- lit. g) Zamawiający posługuje się jeszcze innymi nieprecyzyjnymi zapisami, które narzucają na Wykonawcę obowiązek w uzasadnionych przypadkach, takich jak np. niezamierzone (termin w żaden sposób nie zdefiniowany przez Zamawiającego, dający możliwość szerokiej interpretacji np. również brak wiedzy na temat wytrzymałości worka lub właściwości odpadu) uszkodzenie worka, do wydania właścicielom nieruchomości dodatkowych worków do selektywnego zbierania odpadów,

- lit h) Zamawiający narzuca na Wykonawcę obowiązek odbioru odpadów wysypanych z worków, np. w trakcie ich odbioru, wywianych lub rozrzuconych przez osoby trzecie (np. w wyniku aktów wandalizmu) i zwięzta,

- lit g) Zamawiający narzuca na Wykonawcę obowiązek zapewnienia stałego utrzymania w czystości i porządku (...)wokół pojemników, a dodatkowo w okresie zimowym Wykonawca zobowiązany jest do odśnieżenia miejsca ustawienia pojemników do selektywnego zbierania, jak i terenu wokół tych pojemników,

oraz

w pkt III. 9. SIWZ, gdzie wskazuje się, że ilości wywożonych odpadów podane w SIWZ są orientacyjne i zostały podane w celu sporządzenia oferty. Faktyczne ilości odpadów mogą nie pokrywać się z podanymi przez Zamawiającego. Z tytułu zwiększenia ilości wywożonych odpadów Zamawiający nie będzie ponosił dodatkowych kosztów.

to w sposób wyraźny widać, że przedmiot zamówienie został opisany w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i nie dający wycenić usługi na zasadach przewidzianych przez Zamawiającego. Zamawiający zatem naruszył przepis art. 29,30 a przez to i 7 prawa zamówień publicznych bo nadmierna dowolność interpretowania zapisów SIWZ, nie pozwoli na zgromadzenia Zamawiającemu porównywalnych ofert, wybrać Wykonawcy zgodnie z zasadami ustawy Pzp, a w związku z tym zachowania zasad uczciwej konkurencji.

[7] Analiza w SIWZ pkt V. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS

SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW wskazuje, według numeracji SIWZ, że:

c) Wykonawca ma wykazać, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tzn.:

- minimum 1 osobą nadzoru posiadającą co najmniej wykształcenie średnie oraz minimum trzyletnie doświadczenie w pracy na stanowisku związanym z organizacją i logistyką odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości (zarządzanie transportem) oraz nadzorowaniem jakości wykonywanych prac,

- minimum 10 osobami, które będą wykonywać bezpośrednio przedmiot zamówienia (tj. operatorzy sprzętu, kierowcy, ładowacze).

W tym przypadku nie sprecyzowanie liczby kierowców, ładowaczy, itd., daje możliwość dowolnej interpretacji i nieporównywalność ofert, jak również świadczy o tym, że zarówno oferta jak i sam Wykonawca mogą nie odpowiadać wymaganiom wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia. Zbyt ogólne i niedoszacowane wymaganie spowoduje, że z jednej strony warunki udziału w postępowaniu nie są oparte o równą konkurencję, jak również nie dadzą możliwości wyboru Zamawiającemu Wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. W tym zakresie naruszono przepis art. 22 ust 4 oraz art. 7 ustawy.

[8] w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawca musi wykazać, że:

1) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości nie niższej niż 500 000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych).

2) brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3) W przypadku składania oferty przez Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia warunki wymienione w pkt 1 Wykonawcy mogą spełniać łącznie, a warunek, o którym mowa w pkt 5 musi spełniać każdy z uczestników konsorcjum.

Potwierdzeniem spełnienia warunków będzie złożenie dokumentów i oświadczeń, o których mowa w rozdziale VI. SIWZ. Z treści złożonych dokumentów musi wynikać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

4) Zamawiający dokona oceny spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych do oferty dokumentów i oświadczeń. Nie spełnienie chociażby jednego z warunku postawionego w niniejszej SIWZ skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

5) Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej

sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie musi wskazywać przekazane zasoby (rodzaj i ilość, wskazywać okres na jaki zostają przekazane oraz formę stosunków prawnych łączących Wykonawcę z tymi podmiotami wraz z załączeniem stosownej umowy/porozumienia).

Żaden z powyższych warunków nie dotyczy sytuacji ekonomiczno - finansowej (poza ubezpieczeniem jednakże tylko pośrednio), a Zamawiający nie ma możliwości sprawdzenia czy jakkolwiek Wykonawca będzie w stanie świadczyć usługę, a przecież sama dostawa pojemników w 3 dni od podpisania umowy świadczy o konieczności dysponowania potencjałem finansowym! Zbyt ogólne i niedoszacowanie wymagania spowoduje, że z jednej strony warunki udziału w postępowaniu nie są oparte o zasady oparte równą konkurencją, jak również nie dadzą możliwości wyboru Zamawiającemu Wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia.

Poza tym, żaden z warunków wskazanych w pkt od 2 do 6 nie daje się zakwalifikować do udowodnienia sytuacji ekonomiczno - finansowej, gdyż zawierają dane z szerszego wachlarza okoliczności (np. pkt 1) lub w ogóle nie dotyczą sytuacji finansowo - ekonomicznej (pkt 4 - 6 mówiące o sposobie oceny wszystkich warunków, a nie tylko sytuacji ekonomiczno - finansowej).

W tym zakresie Zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 Pzp oraz art. 7

[9] Analiza w SIWZ WYKAZU OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, w zakresie:

6) Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług i kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wykonawca wykaże minimum 1 osobę nadzoru oraz minimum 10 osób, które będą wykonywać Bezpośrednio przedmiot zamówienia (tj. operatorzy sprzętu, kierowcy, ładowacze) - wzór wykazu osób stanowi *Załącznik nr 8 do SIWZ*,

Wskazuje na wyraźny brak związku z warunkami udziału w postępowaniu w zakresie wymagania informacji na temat ich:

- kwalifikacji zawodowych (za wyjątkiem kierowców),
- doświadczenia i wykształcenia (za wyjątkiem osoby nadzorującej).

W tym zakresie Zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 Pzp oraz art. 7

[10] Analiza w SIWZ pkt XII. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY wskazuje, że Zamawiający oczekuje, że czas przeznaczony na dojazd na miejsce wykonywania usługi nie będzie uwzględniany przez Zamawiającego. W związku z czym wymagane jest od Wykonawców szczegółowe sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości prosimy o natychmiastowe kontaktowanie się z Zamawiającym. Takie zapisy SIWZ, wskazują że Zamawiający bardziej preferuje lokalnych przedsiębiorców lub osoby z terenu Gminy jakie są angażowane przez takie podmioty, bo z góry mają lepszą wiedzę do przygotowania oferty.

W tym zakresie Zamawiający naruszył art. 7 Pzp.

[11] Analiza § 2 umowy wskazuje, że: *„W trakcie realizacji usługi załącznik nr 1 do SIWZ i umowy, będzie podlegał aktualizacji przez Zamawiającego w związku z czym możliwe są zmiany adresów i liczby obsługiwanych nieruchomości, jak i liczby mieszkańców. Zmiany mogą dotyczyć zarówno zmniejszenia, jak i zwiększenia liczby nieruchomości i liczby mieszkańców, przy czym zmiany te nie będą wpływały na zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 7 niniejszej umowy, chyba że liczba mieszkańców wzrośnie lub zmniejszy się o 3 % w stosunku do liczby mieszkańców podanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”.*

Zamawiający w sposób nieuprawniony stosuje zapis zmniejszający przyszłe wynagrodzenie nie definiując dokładnie sposobu takiego obniżenia oraz odpowiedniego algorytmu, czym stwarza sposobność do prowadzenia negocjacji nt. nieuregulowanego w umowie poziomu obniżenia ceny, co jest niezgodne z art. 144 ustawy Pzp

[12] Lektura § 7 wskazuje, że Wykonawca zobowiązany jest do odbioru odpadów komunalnych ze wszystkich uzgodnionych wzajemnie miejsc zbiórki, ustawionych pojemników (te miejsca są obecnie znane tylko firmom , które świadczyły te usługi i/lub lokalnym lub osobom z terenu Gminy Marcinowice, a jeżeli nastąpią okoliczności uniemożliwiające prawidłowe wykonanie usługi leżące po stronie Wykonawcy, to Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie powiadomić Zamawiającego o zaistniałej sytuacji. Wykonawca jest zobowiązany wykonać usługę w innym dniu, powiadamiając mieszkańców o innym terminie odbioru odpadów. W przypadku nie wykonania usługi w terminie 7 dni od terminu ustalonego w harmonogramie, Zamawiający zleci wykonanie tej usługi innemu podmiotowi na koszt Wykonawcy. Tak sformułowane zapisy przyszłej umowy, stawiają już na etapie składania ofert w lepszej sytuacji przedsiębiorców lokalnych lub wykorzystujących zasoby lokalne mające większą wiedzę na ten temat. Utrzymanie takiego obowiązku umownego przy jednoczesnym braku w SIWZ wykazu właścicieli i uporządkowanej wiedzy nt. liczby koniecznych spotkań lub koniecznych do zastosowania

zabiegów pozwalających na wypełnienie obowiązku umownego (lub opisu czynności po wykonaniu których Zamawiający będzie uznawał spełnienie wymagań umownych przez Wykonawcę np. przypadku brak kontaktu zawiadomienie listowne dwukrotnie nieodebrane skutkujące doręczeniem) nie daje możliwości właściwego ustalenia ceny oferty.

W tym zakresie Zamawiający naruszył art. 7 Pzp.

[13] Analiza treści SIWZ, wszystkich jej załączników oraz powyżej wskazane uchybienia Zamawiającego, prowadzą do wniosku, że świadczenie usług na podstawie umowy zawartej w oparciu o tak przygotowane postępowanie przetargowe, w przypadku braku zmiany zapisów SIWZ, prowadzi do konieczności licznych korekt treści umowy na etapie jej realizacji. Jeśli zatem weźmie się pod uwagę:

1. dyspozycję art. 144., zgodnie z którym:

- zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany,

- zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu. Poprzez ustanowienie warunków umownych, których nieprzemyślane skutki będą wymagały zmian do umowy w celu właściwej realizacji przedmiotu umowy, a ich wprowadzenie powodować będzie nieważność ich postanowień, a świadczenie usługi nie będzie możliwe do wykonania.

2. fakt, iż Zamawiający przewidział zbyt mały wachlarz możliwości wprowadzania zmian do umowy, to za uprawnione można przyjąć twierdzenie, że zakres umowy po nieuprawnionych (sprzecznych z art. 144) zmianach obejmować będzie świadczenie usług w sposób odmienny od wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia (stanowiąc przez to inny przedmiot zamówienia), a tym samym wykonanie zamówienia stanie się sprzeczne z Art. 140. a umowa podlegać będzie unieważnieniu na podstawie art. 140 ust. 3 ustawy. Reasumując, stwierdzić należy że tak rażące naruszenia przepisów skutkować będą możliwością unieważnienia umowy w oparciu o art. 146 ust. 6, zgodnie z którym Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jeśli zaś Zamawiający nie dokona zmian w SIWZ prowadzących do wyeliminowania wyżej przywołanych uchybień postępowanie będzie podlegało unieważnieniu w oparciu o art. 93 ust. pkt 7 ustawy Pzp.

Na rozprawie Odwołujący sprecyzował żądania, w sposób następujący:

- w pkt.III.6 pkt.1a i b poprzez wykreślenie z treści postanowienia „wszystkich” dotyczących w szczególności nieprzewidzianych nadwyżek.

- w pkt. III.6 pkt. 1c poprzez zmianę regulaminu o utrzymaniu czystości poprzez dostosowanie prawa miejscowego, wskazywanego w zarzucie do powszechnie obowiązujących przepisów.
- w pkt. III.6 pkt.1d poprzez sprecyzowanie, co Zamawiający rozumie przez „notoryczne pozostawienia nadwyżek opadów”.
- w pkt. III.6 pkt.2.1a, 2.2a, 2.3a poprzez wykreślenie stawiania wymogu wykonawcy kolportażu ulotek.
- w pkt. III.6 pkt.2.1b poprzez sprecyzowanie dostawy worków foliowych, poprzez określenie ogólnej normy tych worków.
- w pkt. V.d poprzez zobowiązanie Zamawiającego do zobowiązania wykonawcy do załączenia dowodów potwierdzających sytuację finansowo - ekonomiczną tj. sprawozdania finansowego oraz informacji banku, dotyczącej zdolności kredytowej lub informacji z rachunku bankowego, potwierdzających zdolność kredytową/stan środków na kwotę 1mł zł.
- w pkt. XVI poprzez wprowadzenie zapisu pozwalającego na zmianę umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zaistnienia przesłanek wynikających z § 2 umowy oraz wprowadzenie zmian w § 2, iż w przypadku zaistnienia obniżenia bądź podwyższenia ilości mieszkańców lub nieruchomości dopuszcza się zmianę wynagrodzenia wykonawcy na podstawie kalkulacji przedstawionej przez wykonawcę i zaakceptowanej przez Zamawiającego.

Odwołujący cofnął zarzuty dotyczące wymagań w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

I. W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Za powyższą oceną przemawiają następujące okoliczności:

Odwołujący postawił szereg zarzutów wobec brzmienia SIWZ, przyjmując pewną, nieuzasadnioną interpretację brzmienia tego dokumentu. Dostrzeżenia jednak wymaga, że charakter tego postępowania, jego relatywnie długi okres trwania, determinują sytuację, że nie jest możliwe całkowicie szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia, w tym szczegółowych obowiązków ciążących na wykonawcy. Stąd dokonywany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu z natury będzie w pewnym stopniu opierał się o założenia i szacunki, które wymagają elastycznego traktowania.

Następnie, dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy, 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. Natomiast, zgodnie z art. 353¹ 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 również

przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy). 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, co do zasady proceduralnych zasad ustawy, jak i całokształtu jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego w tym określenia 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). To bowiem zamawiający określa to co jest mu potrzebne i co będzie przedmiotem postępowania o zamówienie publiczne. Podstawową materialną miarą i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji potrzeb zamawiającego wyrażonych w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Oceny przez pryzmat tej zasady należy każdorazowo dokonywać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (przykładowo, warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi w pewien sposób do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności, 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 dogodny, 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 ustawy, 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. Podkreślenia dalej wymaga, 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 ustawy stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Sformułowanie hipotezy przepisu nie ma charakteru tworzącego 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 ustawy nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc pewnego 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 w analizowanej sprawie, Odwołujący nie wykazał 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 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Kodeksu cywilnego, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ Kodeksu cywilnego. Jak już wskazywano powyższej, zgodnie z art 353¹ Kodeksu cywilnego 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 dyskrecyjny 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 sformułowanej umowy w sprawie 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. Realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kodeksu cywilnego. Miernikiem proporcjonalności czy „odpowiedniości” świadczeń, o którym mowa w *definiendum* definicji umów wzajemnych zawartej w art. 287 § 2 Kodeksu cywilnego, nie jest również norma tego przepisu. Norma ta nie ustanawia żadnych materialnych, obiektywnych odniesień dla porównania wartości lub zakresów świadczeń wzajemnych, ale odnosi odpowiedzialność 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. W podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, na uwagę zasługuje 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. 353¹ 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. 353¹ k.c. statuującej 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. 353¹ 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. 353¹ 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.”.

Poddając analizie podniesione w odwołaniu, a niewycofane na rozprawie zarzuty, dostrzeżenia wymaga, że:

[1] Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut i mająca potwierdzać jego zasadność argumentacja Odwołującego, dotyczące braku opisu w treści SIWZ obowiązków właścicieli nieruchomości (zupełna dowolność w doborze miejsca ustawienia pojemników na odpady), przy jednoczesnym postanowieniu SIWZ, że odbioru odpadów należy dokonać z miejsca ustawienia pojemnika wskazanego przez właściciela nieruchomości. Zamawiający w powyższym zakresie przekonująco wykazał, czego Odwołujący skutecznie nie zakwestionował, że uchwała w sprawie regulaminu utrzymania czystości w gminie wskazuje, że właściciel nieruchomości ma obowiązek umieszczania opadów w pojemniku. W uchwale są też podane minimalne ilości opadów. Pojemniki, które mają być ustawione, mają być tak dostosowane, by tych nieprzewidzianych opadów nie było, przy czym Gmina jest zobowiązana do informowania o sposobie zbierania opadów - po to też Zamawiający zobowiązał wykonawców do zbierania informacji. Podkreślenia wymaga, że wykonawca nie musi znać dokładnego położenia tych pojemników na nieruchomościach, aby sensownie przyjąć na siebie zobowiązanie ich opróżniania a następnie zobowiązanie to wycenić. Wykonawca ma podjąć się wywożenia pojemników z miejsc, w których będą umiejscowione przez właścicieli i zarządców nieruchomości. Natura przedmiotowego zamówienia, to jest odbiór odpadów z nieruchomości wskazuje, że tego rodzaju brak możliwości stuprocentowego, z pełną dokładnością określenia miejsca ustawienia przez właścicieli nieruchomości pojemników jest wpisany w zakres zamówienia i nie stanowi o niemożności wyceny usługi i ustalenia za nią wynagrodzenia. Nie jest też tak, że w wyniku takiego ukształtowania przedmiotu zamówienia, preferowani są wykonawcy aktualnie świadczący tę usługę.

[2] Także zarzuty względem postanowień pkt III.6 pkt 1) lit c) SIWZ uznano za niezasadne. Zamawiający wykazał, że w ramach wykonania zamówienia będą tylko pojemniki i worki dostarczane mieszkańcom, nie będzie worków należących do właścicieli nieruchomości. Niezależnie od argumentacji dotyczącej niespójności aktów prawa miejscowego, dostrzeżenia wymaga, że z perspektywy wykonawcy, bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy właściciele nieruchomości zaopatrzą się w pojemniki do zbierania odpadów samodzielnie czy też skorzystają z pojemników im dostarczonych. Jeśli powyższe – wobec wzajemnej niespójności dwóch aktów obowiązujących w Gminie budziło wątpliwości wykonawcy, mogło być przedmiotem wniosku o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących treści SIWZ, co pozwoliłoby wykonawcy uzyskać wiedzę o obowiązkach mieszkańców w powyższym zakresie.

[3] Nie sposób dopatrzeć się także naruszenia przepisów w zakresie brzmienia pkt III.6 pkt 1 lit d) SIWZ – trudno uznać za niedookreślone obowiązki wykonawcy w zakresie sprawdzania zawartości pojemnika oraz informowania Zamawiającego o nieprawidłowościach dostrzeżonych w trakcie świadczenia usługi. Wymienione przez Zamawiającego jako przykładowe sytuacje mają zapewniać wyegzekwowanie od mieszkańców obowiązku oddzielnego ustawiania odpadów wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektronicznego. Zakres przedmiotowej usługi, wskazuje, że realizacja obowiązku sprawdzenia zawartości pojemnika oraz poinformowania Zamawiającego o stwierdzonych nieprawidłowościach nie będzie nadmiernie utrudniona dla wykonawcy, jest naturalną konsekwencją świadczenia usługi zbierania odpadów. Odwołujący zdaje się w powyższym zakresie przyjmować pewną, nieuprawnioną, nadmiernie pesymistyczną ocenę obowiązków ciążących w ramach wykonywania zamówienia (dezynfekowanie miejsca, w którym śmieci rozrzucono).

[4] Nie podzielono także postawionego w sposób ogólny, nawiązujący do niemożności wyceny oferty, zarzutu wobec brzmienia pkt III.6 pkt 2 SIWZ. Podkreślenia wymaga, że sprawą wykonawcy pozostaje w jaki sposób zorganizuje swoją pracę i sposób badania odpadów, tak aby wypełnić zobowiązania w zakresie kontroli odpadów i obowiązki informacyjne nałożone nań w ww. postanowieniach specyfikacji. Ponadto obciążenie wykonawcy ryzykiem aktów wandalizmu, na które powołuje się Odwołujący, nie stoi w sprzeczności z wymaganiami określoności przedmiotu zamówienia sformułowanymi w art. 29 ust. 1 ustawy. Tego rodzaju zdarzenia, zdają się być wpisanymi w tego rodzaju świadczenie, jak to objęte przedmiotem niniejszego zamówienia. Przedmiot zamówienia pozostaje jasno zdefiniowany – wykonawca ma odbierać wszystkie odpady, zarówno znajdujące się w pojemnikach, jak i rozsypane obok pojemników oraz ciąży na nim obowiązek utrzymania czystości wokół pojemników. Tak zdefiniowanego zobowiązania wykonawca ma się podjąć, przy czym nie musi ono być dokładnie dookreślone ilościowo – ryzykiem wykonawcy pozostaje jaki poziom poszczególnych odpadów (rozsypanych czy nierozsypanych) przyjmie do wywiezienia przy kalkulacji swojej oferty.

[5] Zarzut dotyczący wymagania, aby wykonawca w trakcie odbioru odpadów na nieruchomości przekazywał również właścicielom nieruchomości materiały informacyjne i edukacyjne dotyczące m.in. zasad selektywnej zbiórki odpadów oraz harmonogramy odbioru odpadów także jest niezasadny: brak określenia miejsca odbioru ww. materiałów, udokumentowania wykonania takiego obowiązku, nie powoduje braku możliwości wyceny takiej usługi i określenia wynagrodzenia w ofercie na zasadach wymaganych przez Zamawiającego. Ponadto, wykonawca zobowiązany jest do dostarczania jedynie materiałów informacyjnych przygotowanych przez Zamawiającego – sam nie będzie ich przygotowywać.

Natomiast w jaki sposób wykonawca je dostarczy właścicielom nieruchomości pozostawiono jego wyborowi. Nie jest zatem tak, jak wskazywał Odwołujący, że Zamawiający objął przedmiotem zamówienia usługę nie mieszczącą się w zakresie standardowej usługi odbierania odpadów, to jest usługę roznoszenia ulotek. Jak wynika z ustaleń dokonanych na rozprawie, przekazywanie mieszkańcom ulotek ma być czynnością uboczną, o marginalnym znaczeniu, przy czym informowanie o sposobie odbioru odpadów, czy zasadach segregacji, w istocie leży w interesie wykonawcy, który odpowiada za efektywne wykonanie zamówienia, temu zaś niewątpliwie sprzyja właściwa informacja kierowana do mieszkańców. Nie jest też tak, że w powyższym zakresie Zamawiający powinien określić „parametry takiego materiału informacyjnego” – to Zamawiający będzie opracowywał te informacje, zatem poza zainteresowaniem wykonawcy jest kwestia tego rodzaju. Sporne roznoszenie ulotek nie stanowi przy tym czynności na tyle złożonej czy uciążliwej, że może być rozpatrywane w kategorii utrudnienia uczciwej konkurencji. Przypomnienia przy tym wymaga, że Zamawiający jest uprawniony do nałożenia na wykonawcę obowiązków, które będą służyć realizacji celów zamawiającego: zamówienie publiczne ma służyć realizacji celów zamawiającego, jak najpełniejszemu zaspokojeniu jego potrzeb, a nie umożliwieniu wykonawcy sprzedaży świadczonych przez niego usług czy sprzedawanych dóbr, na jak najdogodniejszych warunkach. Art. 44 ust. 4 ustawy z 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych [Dz.U. z 2009 r., Nr 157, poz. 1240] przewiduje, że jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. O ile zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wykluczy tego wykonawcę bądź odrzuci jego ofertę, to w jego gestii pozostaje wyartykułowanie potrzeb w zakresie przedmiotu zamówienia – jedyne ograniczenia wynikają z treści art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie może jednak być postrzegane jako naruszające lub ograniczające uczciwą konkurencję postawienie wymagań, które znajdują uzasadnienie w potrzebach zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, by wymaganie dostarczenia wraz z odbiorem odpadów ulotek miało charakter dyskryminującego; było nakierowane na ograniczenie lub utrudnienie konkurencji. Tym samym, argumentację, jakoby usługa taka wykraczała poza opis przedmiotu zamówienia i przywołane kody CPV dla zamówienia, bo jest usługą kolportażu ulotek, należy uznać za bezzasadną. Nie sposób więc upatrywać w wymaganiu przez Zamawiającego przekazywania mieszkańcom ulotek informacyjnych, naruszenia jakichkolwiek przepisów.

[6] Zarzut wobec brzmienia pkt III.6 pkt 2.1 a), 2.2 a) i 2.3 a) SIWZ, dotyczący opisu wymaganych worków na odpady, także uznano za niezasadny. Z treści SIWZ wynika, że

w ramach wykonywania zamówienia stosowane będą tylko pojemniki i worki dostarczane mieszkańcom, nie będzie worków należących do właścicieli nieruchomości. Zamawiający wskazał przy tym, że o rodzaju spornych worków traktuje str. 4-5 SIWZ, gdzie podane zostały najistotniejsze informacje co do ich rodzaju. Zgodzić się należy z tezą Zamawiającego, że „to wykonawca wie co zbiera i jaki ma mieć worek do tego celu”. Wykonawcy w powyższym zakresie posiadają zatem względną swobodę w doborze spornych worków, byleby tylko zamówienie było realizowane w sposób prawidłowy. Sprawą wykonawcy pozostaje jak mocnymi workami chce się posługiwać w trakcie wykonywania usługi i ponosić ryzyka związane z ich ewentualnymi uszkodzeniami. Odwołujący zatem zdaje się stawiać powyższy zarzut w oparciu o odgadywane przez siebie intencje Zamawiającego, które jednak nie zostały wyartykułowane.

[7] Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut dotyczący dysponowania osobami o wymaganych kwalifikacjach [niesprecyzowanie liczby kierowców, ładowaczy itp.], wobec czego nie podlegał on rozpatrzeniu.

[8] Nie dopatrzono się także podstaw do podzielenia argumentacji, w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wprowadzenia w SIWZ postanowienia dotyczącego zdolności ekonomiczno – finansowej, ponad wymaganie dotyczące ubezpieczenia od odpowiedzialności OC. Przypomnienia w powyższym zakresie wymaga, że to wyłączną domeną Zamawiającego jest postawienie takich czy innych warunków udziału w postępowaniu, ich dobór na użytek danego postępowania, czy rezygnacja ze stawiania określonych, wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 1- 4 ustawy kategorii warunków – to Zamawiającemu pozostawiono decyzję, czy bezpieczeństwo realizacji danego zamówienia, jego właściwe wykonanie, stosownie do jego specyfiki i zakresu, obwaruje odpowiednimi warunkami. Jak wskazuje się w orzecznictwie, *Zamawiający może w ogóle nie precyzować warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 - 4 Pzp, formułując je nie może jednak przekroczyć ram wynikających z art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 Pzp. Ponadto stawiając warunki może i powinien opisać precyzyjnie zakres robót czy usług do których jego warunki referują w treści samego opisu warunków, a nie następnie przy ich interpretacji odwoływać się do własnego przedmiotu zamówienia. Z treści samego warunku powinien wynikać jego zakres i znaczenie.* [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 kwietnia 2011 r., w spr. KIO 751/11]

[9] Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut dotyczący braku związku wymaganych informacji na temat osób, które mają wykonywać zamówienie z postawionymi warunkami udziału w postępowaniu, wobec czego nie podlegał on rozpatrzeniu.

[10] Nie dopatrzono się także naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie postanowienia pkt XII SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny*, gdzie podano, że

czas przeznaczony na dojazd do miejsca świadczenia usługi nie będzie uwzględniany przez Zamawiającego; w związku z czym wymagane jest od wykonawców szczegółowe sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia. Powyższe postanowienie SIWZ nie narusza żadnej z norm wrażonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie stanowi również o preferencji wykonawców, którzy aktualnie świadczą usługi odbioru odpadów. Rzeczą wykonawcy jest optymalne, dogodne dla siebie ukształtowanie sposobu świadczenia usługi, trudno zatem obciążać Zamawiającego takim czy innym sposobem jej świadczenia przez wykonawcę. Powyższy zarzut, postawiony bez szerszego uzasadnienia, nie podlegał zatem uwzględnieniu.

[11] Nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja, jakoby postanowienia SIWZ dotyczące zmiany adresów oraz liczby nieruchomości i obsługiwanych mieszkańców (zarówno in plus jak i in minus), które, zgodnie z § 2 projektu umowy, będą skutkowały zmianą wysokości wynagrodzenia, w razie zmniejszenia lub zwiększenia liczby mieszkańców o 3 % w stosunku do tej określonej w SIWZ, naruszały art. 144 ustawy. Dostrzeżenia wymaga, że w SIWZ zawarto prognozy w ujęciu trzyletnim. Zamawiający wykazał, że kwestionowane postanowienie SIWZ powstało, by „uspokoić wykonawców”, przekonać że Zamawiający nie będzie się usztywniał w zakresie umowy, a w razie zmian okoliczności ma zastosowanie rozdział 16 pkt.4a SIWZ. Biorąc pod uwagę relatywnie długą perspektywę tego zamówienia oraz niemożliwe do przewidzenia zmiany w zakresie ilości mieszkańców [w powyższym zakresie Zamawiający słusznie bazuje na szacunkach co do ich ilości], kwestionowane postanowienie SIWZ ma charakter klauzuli waloryzacyjnej, pozwalającej na dostosowanie w przyszłości wynagrodzenia należnego wykonawcy do rzeczywistego zakresu świadczonej usługi, co jest uzasadnione, z uwagi na charakter przedmiotu świadczenia w tym postępowaniu, jak i okres wykonywana zamówienia. Zresztą również Odwołujący, stawiając żądanie w odniesieniu do tego zarzutu, żąda zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy, tyle, że ustalanego według odmiennej zasady, to jest na podstawie kalkulacji przedstawionej przez wykonawcę i zaakceptowanej przez Zamawiającego. Tego rodzaju praktyka nie zasługiwałaby na akceptację, skoro pozostawione zostałyby w istocie inicjatywie wykonawcy ustalenie wysokości tego wynagrodzenia, które Zamawiający by jedynie akceptował. Jeśli przyjąć zasadność wniosku o generalnej niedopuszczalności zmiany wynagrodzenia (szczególnie gdy ta zmiana następowałaby in plus, w następstwie zwiększenia ilości8 mieszkańców o 3 lub więcej %), czemu – zgodnie z kierunkiem rozumowania Odwołującego – stoi na przeszkodzie treść przepisu art. 144 ustawy, to tym bardziej nie byłaby dopuszczalną zmiana tego wynagrodzenia w sposób pozostający poza Zamawiającym, to jest na podstawie kalkulacji wykonawcy, tak jak wnioskuje Odwołujący

w przedmiotowej sprawie. Stąd nie sposób podzielić stawianego w powyższej mierze zarzutu.

[12] Nie stwierdzono również naruszenia przepisów ustawy [w szczególności art. 7 ustawy, do czego nawiązuje treść odwołania], w zakresie wyartykułowanego w § 7 projektu umowy postanowienia, zgodnie z którym, wykonawca jest obowiązany do odbioru odpadów komunalnych ze wszystkich uzgodnionych wzajemnie miejsc zbiórki ustawionych pojemników. Zamawiający na rozprawie przekonująco wyjaśnił, że nie jest w stanie określić, gdzie mają stać pojemniki; w swoim zakresie informuje mieszkańców o ich obowiązkach, wynikających z ustawy, natomiast wykonawca powinien zgłaszać Zamawiającemu, iż dany mieszkaniec nie zachowuje się należycie w zakresie zbierania odpadów. Powyższy obowiązek ciążyący na wykonawcy jest wpisany w naturę tego zamówienia, które w pewnej mierze pozostaje w gestii wykonawcy co do sposobu odbioru odpadów i które dopiero w trakcie wykonywania ukształtuje pewne praktyki szczegółowego jego wykonywania. Do realizacji powyższego nie jest niezbędne posiadanie przez wykonawcę wykazu właścicieli [takiego oczekiwania zresztą Odwołujący nie stawia], mamy tu bowiem do czynienia z zachowaniami człowieka, w których naturę wpisana jest pewna nieprzewidywalność. Nie sposób przy tym pomijać, że kwestionowane postanowienie SIWZ dotyczy okoliczności uniemożliwiających prawidłowe wykonywanie usługi leżących po stronie wykonawcy. To na wykonawcy ciąży przecież obowiązek prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z jego zakresem określonym przez Zamawiającego. Tym samym, także powyższy zarzut nie zasługiwał na akceptację.

Reasumując, okoliczności przedmiotowej sprawy, rozpatrywane w granicach postawionych zarzutów [art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych] determinowały uznanie, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych a także zarzut naruszenia art. 29 tej ustawy. Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu [art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych]. W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie bez znaczenia pozostaje także treść żądania odwołującego w zakresie zmiany ogłoszenia czy specyfikacji – one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać z urzędu, wychodząc poza zarzuty oraz – stanowiące ich odzwierciedlenie – żądania i wnioski odwołania. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje

żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W takim wypadku żądania sformułowane przez Odwołującego należy rozpatrywać łącznie z zarzutami oraz ich podstawami faktycznymi. W analizowanej sprawie zarówno zarzuty naruszenia przepisu art. 7 oraz 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie znalazły potwierdzenia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) 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).

Przewodniczący: